

المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية

مجلة سداسية دولية متخصصة محكمة، تُعنى بالحقوق والعلوم السياسية

تصدر عن معهد العلوم القانونية والإدارية
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي بـقيسمسيبت، الجزائر



العدد السادس ديسمبر 2018

ISSN: 2507-7635

المجلد الثالث

للمراسلة والاتصال

العنوان البريدي:

توجه المراسلات إلى:

مدير أو رئيس تحرير المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية
معهد العلوم القانونية والإدارية
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر
38000

البريد الإلكتروني:

Idsp.tissemsilt@gmail.com
radsp.cutissemsilt@gmail.com

الموقع الإلكتروني:

<http://www.asjp.cerist.dz>
www.cuniv-tissemsilt.dz/radsp

الهاتف والفاكس:

من داخل الوطن 046/57/31/83
من خارج الوطن: 00213/46/57/31/83

الرقم الدولي الموحد للدورية "ردمد": ISSN: 2507-7635

المدير الشرفي للمجلة

الأستاذ الدكتور/ دحدوح عبد القادر،

مدير المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر

مدير النشر

الأستاذ الدكتور/ غربي محمد، مدير معهد العلوم القانونية والإدارية

رئيس التحرير

الدكتور/ علاق عبد القادر

المحررون المساعدون

الدكتور/ باية عبد القادر

الدكتور/ مرسي مشري

الأستاذ/ سلطاني محمد رضا

المراجعون باللغة الأجنبية

- أ. قادوش زينب، المركز الجامعي تيسمسيلت

- أ. سي العربي محمد مرابط، جامعة تيارت

- أ. ساهد بلقاسم، المركز الجامعي تيسمسيلت

اللجنة العلمية للقراءة والمراجعة

أ.د. تشوار الجيلالي، جامعة تلمسان	أ.د. بن داود براهيم، جامعة الجلفة
أ.د. عليان بوزيان، جامعة تيارت	أ.د. قادة بن علي، جامعة سيدي بلعباس
أ.د. بوسماحة الشيخ، جامعة تيارت	أ.د. فتاك علي، جامعة تيارت
أ.د. غربي محمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	أ.د. شهيدة قادة، جامعة تلمسان
أ.د. بوبكر عبد القادر، جامعة الجزائر 1	أ.د. عبد العالي عبد القادر، جامعة سعيدة
أ.د. رمول خالد، جامعة البليدة 2	أ.د. بن عزوز عبد القادر، جامعة الجزائر 1
د. اللهيبي صالح أحمد، جامعة الشارقة، الإمارات العربية المتحدة	د. علي السيد حسين أبو دياب، جامعة المجمعة، السعودية
د. عبد الرحمان الشرقاوي، جامعة محمد الخامس، الرباط، المغرب	د. مزوغي محمد، جامعة قرطاج، تونس
د. علي جميل حرب، جامعة لبنان	د. عنزي رشيد، جامعة الكويت، الكويت
د. شواخ الأحمد، جامعة دار العلوم، السعودية	د. محمد السعيد السقة، جامعة الإسكندرية، مصر
د/ معن سعود أبو بكر، جامعة زايد، الإمارات العربية المتحدة	د. لريد محمد أحمد، جامعة سعيدة
د. بمرزوق عبد القادر، جامعة تلمسان	د/ عواد بلعبدون، جامعة مستغانم، الجزائر
د. شبة سفيان، جامعة سيدي بلعباس	د. عشاب محمد، جامعة وهران 1
د. عماري إبراهيم، جامعة الشلف	د. عليان عدة، المركز الجامعي غليزان
د. زعبي عمار، جامعة الوادي	د. بحماوي الشريف، جامعة أدرار
د. جمعي ليلى، جامعة وهران 01	د. جبار جميلة، جامعة خميس مليانة
د. رباحي أحمد، جامعة الشلف	د. رواب جمال، جامعة خميس مليانة
د. إيراي نوال، المركز الجامعي تيبازة	د. تياب نادية، جامعة تيزي وزو
د. شهباني سمير، جامعة البويرة	د. ميهوب يزيد، جامعة برج بوعريرج
د. شير عبد الوهاب، جامعة بجاية	د. قريمس عبد الحق، جامعة جيجل
د. بوراس محمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. روشو خالد، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. لعروسي أحمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. علاق عبد القادر، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. حبيلي سامي، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. شعشوع قويدر، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. محمودي قادة، جامعة ابن خلدون، تيارت	د. هيشور أحمد، جامعة سعيدة
د. زرقين عبد القادر، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. قزران مصطفى، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. مبخوتة أحمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. جطي خيرة، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. باية عبد القادر، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. مرسي مشري، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. مسيكة محمد الصغير، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. صافو محمد، جامعة وهران 2
د. لعروسي رابع، جامعة الجزائر 3	د. ركاش جهيدة، جامعة الشلف
د. عياد محمد سمير، جامعة تلمسان	د. كشوط عبد الرقيق، جامعة جيجل
د. العاربية بولرباح، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. قيرع عامر، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. بلهول نسيم، جامعة البليدة 2	د. خطاب عبد المالك، جامعة خميس مليانة
أ.د. مقني بن عمار، جامعة ابن خلدون تيارت	د. امحمدي بوزينة أمينة، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف
د. بيرم عبد المجيد، جامعة محمد بوضياف المسيلة	د. درماش بن عزوز، جامعة زيان عاشور الجلفة
د. زيري بن قويدر، جامعة عمار ثلجي، الأغواط	د. طيبي سعاد، جامعة الجيلالي بونعامة خميس مليانة
د. زيتوني محمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. سعدي عائشة، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. بن شتوف فيروز، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. شامي ياسين، المركز الجامعي تيسمسيلت
د. ربيحي امحمد، المركز الجامعي تيسمسيلت	د. دهقاني أيوب، المركز الجامعي تيسمسيلت

هيئة التحرير

رئيس التحرير: د/ علاق عبد القادر

المحررون المساعدون:

د. بابة عبد القادر

د. مرسي مشري

أ. سلطاني محمد رضا

د. لعطب بختة	أ. شامي رايح
د. دحماني كمال	أ. قوق علي
د. مالكي توفيق	أ. بته طيب
د. بن عمور عائشة	أ. نش حمزة
أ. بوغانم أحمد	أ. عتو أحمد
أ. عتو رشيد	أ. مناد أحمد
أ. زعيتو محمد	أ. لكحل صليحة
أ. بن شهرة العربي	أ. بوعلي حمزة
أ. غانس محمد	أ. بوجلال فاطمة الزهراء
أ. عليش الطاهر	أ. طرطاق نورية
أ. ضامن محمد أمين	أ. شاكر سليمان

شروط وقواعد النشر

- المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، مجلة سداسية دولية متخصصة في شعبي الحقوق والعلوم السياسية، تستقبل البحوث العلمية الأكاديمية على مدار السنة، وتضطلع بنشرها بعد إخضاعها للتحكيم والخبرة من قبل باحثين مختصين يتولون مهمة القراءة والمراجعة.
- تعتبر المجلة منبرا أكاديميا وصرحا للبحث العلمي الحر، ولا تتحمل الهيئة الإدارية والعلمية ولا هيئة تحرير المجلة، مسؤولية أي خرق لقواعد ممارسة هذه الحرية، أو المساس بمقتضيات الأمانة العلمية، بل يتحمل آثارها الباحث لوحده. كما يتحمل أيضا صاحب البحث مسؤولية الرأي المعبر عنه في بحثه المنشور بها.
- يجب أن يكون البحث جديدا وأصيلا، لم يسبق نشره من ذي قبل، وليس محل طلب نشر بمجلة أخرى، وأن يتسم بضوابط البحث العلمي المعروفة شكلا ومضمونا.
- ألا يقل البحث عن 10 صفحات ولا يزيد عن 15 صفحة، وأن يكتب باللغة العربية أصلا أو إحدى اللغتين الأجنبية الفرنسية والإنجليزية.
- إذا كانت لغة كتابة البحث العربية أو الفرنسية، يجب على الباحث أن يرفق مقاله؛ بعنوان، وملخص، وكلمات مفتاحية، باللغة الإنجليزية وجوبا.
- أن يضمن الباحث عنوان بحثه ويتبعه بسيرة ذاتية مختصرة: (اللقب والاسم، الوظيفة، الرتبة، المؤسسة المستخدمة (الكلية، المعهد، القسم)، الهيئة التابع لها، البريد الإلكتروني، الهاتف) فقط.
- يُعد ويُنجز البحث وفق برنامج Microsoft Word 2003 أو 2007 حصرا، ويكتب بخط Traditional Arabic حجم 16 باللغة العربية في المتن، وفي الهامش بنفس الخط لكن بحجم 12، أما باللغة الأجنبية فتكتب بخط Times News Roman حجم 14 في المتن، وفي الهامش بنفس الخط لكن بحجم 10. كما يجب أن تُعد الصفحة بداية وفق الإعدادات التالية: الفراغ بين الأسطر 1 سم، يمينا 2,5 سم، وباقي الجهات 1,5 سم.
- أن يكتب البحث بطريقة احترافية من حيث الشكل، بما فيها الهوامش (مصدر، مرجع، تعليق، شرح، إحالة)، والتي يجب أن تكون بطريقة آلية (Note de bas de page) مرقمة ومرتبة في المتن، ومدرجة في أسفل كل صفحة وترقيم جديد مع بداية كل صفحة جديدة.
- يجب أن يتفادى الباحث استخدام الجداول الأوتوماتيكية والأطر والزخرفة والرموز في الكتابة، وألا يدرجها في بحثه، مثل (نجوم، مطّات، ترقيم الصفحات ... الخ)؛ لأنها تعيق التصحيح والتعديل والإخراج النهائي للمجلة، تحت طائلة الاضطرار إلى رفض النشر بسبب ذلك.
- تُرفض ولا تُنشر البحوث التي لا تتقيد بشروط النشر المذكورة أعلاه، والتي لا تلتزم بالتعديلات والتصحيحات المقدمة من طرف لجنة القراءة والمراجعة (الخبراء والمحكمين)، سواء تعلّقت بالشكل أو الموضوع.
- يُرسل البحث حصرا عبر المنصة الجزائرية للمجلات العلمية: <http://www.asjp.cerist.dz>

كلمة مدير المجلة

بمناسبة إصدار العدد السادس (06) المصادف لشهر ديسمبر 2018 من المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، التي يصدرها معهد العلوم القانونية والإدارية بالمركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

أتشرف بتقديم هذه الكلمة الموجزة لكي أعبر عن خلالها عن سعادي وأنا أشرف على إدارة وتسيير معهد العلوم القانونية والإدارية، ومن ثم مدير ومسؤول نشر هذه المجلة، فلا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بالشكر الجزيل للفريق العلمي والإداري الساهر على إخراج هذه المجلة إلى النور عبر مختلف مراحلها وأعدادها المتتالية بانتظام.

لاسيما وأنها قد أصبحت تواكب العصرنة والرقمنة، من خلال إدراجها في المنصة الجزائرية للمجلات العلمية مؤخرا، وفي الختام أدعو مختلف الباحثين إلى المساهمة في ترقية البحث العلمي بنشر أعمالهم عبر مجلتنا من خلال شعبي الحقوق والعلوم السياسية.

مدير المجلة

أ.د. غربي محمد

كلمة رئيس التحرير

باسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على سيدنا محمد النبي الكريم

أما بعد

لقد تزامن صدور العدد السادس (06) من المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية شهر ديسمبر 2018 عن معهد العلوم القانونية والإدارية المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر. مع قبول إدراجها ضمن المنصة الجزائرية للمجلات العلمية (ASJP)، على أن يتم استقبال المقالات المطلوب نشرها مستقبلا عبر هذه المنصة حصرا بدء من العدد القادم ، أي العدد السابع (07) المزمع إصداره شهر يونيو 2019. وعلى إثر مواكبة المجلة لهذه الوثبة التكنولوجية في نطاق تطوير البحث العلمي بالرقمي إلى الشفافية والمقرئية عبر الوسائط الرقمية، لا يسعنا إلا التقدم بجزيل الشكر والعرفان لكل من سهر على تحقيق هذا التطور بدء بلجنة المراجعة والقراءة فهيئة التحرير والساهرين على إخراج المجلة في حلتها النهائية ووضعها في يد القراء والباحثين. وكعادتها تضمنت المجلة في عددها هذا، العديد من البحوث بمختلف التخصصات في شعبي الحقوق والعلوم السياسية معا، على الصّعيدين الدولي والوطني لمعالجة إشكالات علمية بحثية مختلفة والإجابة عنها.

رئيس التحرير

الدكتور/ علاق عبدالقادر

الفهرس

مقالات الحقوق	
11	جريمة تهريب المهاجرين والمجرة غير الشرعية، طبيعة العلاقة وحدود التأثير د. مليكة حجاج، د. مخلط بلقاسم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر.
22	الأثر القانوني لانتقال اللاعبين المحترفين، دراسة مقارنة، كرة القدم نموذجا. ط.د. أمينة غرمول، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر.
30	الإجراءات المتبعة لتسجيل المنتجات الصيدلانية وفقا لقانون الصحة في الجزائر، (الأدوية الجنيسة نموذجا). ط. د. بوخاري مصطفى أمين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.
44	الشخص المبتكر أ.مهدي سامية، إشراف الأستاذ: د. حاج بن علي محمد، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف، الجزائر.
58	تقنين آليات الاقتصاد الإسلامي في التشريع الجزائري لتنمية وتثمين الأوقاف د. جطي خيرة، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.
67	إستراتيجية اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تطوير العمل الإنساني د. مسيكة محمد الصغير، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.
79	خصوصية تحريك الدعوى العمومية في جرائم المؤسسات وفقا للأمر رقم 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية ط. د. زريكي يمينه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر
89	خصوصية عقد الامتياز الفلاحي وتحدي الأمن الغذائي في الجزائر جيلالي بلحاج، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.
99	دراسة تحليلية للحبس المؤقت في ظل الأمر رقم 02/15 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية ط. د. بحرية آسيا، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر.
107	دور المشرع الجزائري في مكافحة الجريمة المنظمة د. روشو خالد ، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر
116	دور الوظيفة الاستشارية لمحكمة العدل الدولية في حماية المدنيين اثناء النزاعات المسلحة د.شوقي سمير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 02، الجزائر
126	شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري د.تكوك شريفة، جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر
138	مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم في المنازعات البحرية، دراسة في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفقه وقضاء التحكيم البحري د. بلباقي بومدين، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر

151	محل التدفّيش في مجال جرائم التجارة الإلكترونية وفق القانون الجزائري ط.د. رحال بومدين، د. سعداني نورة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر
167	مدى توفر الحماية الجنائية الكافية في مواجهة ظاهرة خطف وقتل الأطفال في التشريع الجزائري ط.د. عيادي سارة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باجي المختار عنابة، الجزائر
مقالات العلوم السياسية	
179	البُعد الثقافي والهوياتي في السياسة الخارجية الفرنسية؛ دراسة وفق المنظور البنائي للعلاقات الدولية د. دهقاني أيوب، قسم العلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر
189	دور شبكات التواصل الاجتماعي في صناعة قيم المواطنة د. إبراهيم قلوّاز، أ.د. غربي محمد، معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.
202	واقع الإدارة الحكومية في اليمن وضرورة الإصلاح الإداري ط.د. نبيل عبده المولد، كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر 03، الجزائر.

مقالات الحقوق

جريمة تهريب المهاجرين والهجرة غير الشرعية؛ طبيعة العلاقة وحدود التأثير

The crime of smuggling migrants and illegal migration; the nature of the relationship and the limits of influence

د. مليكة حجاج، أستاذة محاضرة قسم (أ)،

د. مخلط بلقاسم، أستاذ محاضر قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور الجلفة، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/07/09 / تاريخ المراجعة: 2018/10/14

ملخص:

تُعد جريمة تهريب المهاجرين من أهم الجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية حيث يسعى مرتكبوها مقابل مبالغ مالية أو أية منافع مادية أخرى إلى نقل الأفراد من إقليم دولة إلى أخرى دون احترام للإجراءات القانونية، مما اعتبرت من أهم الأوجه المتطورة للهجرة غير الشرعية، وقد أدى نجاح نشاط عصابات تهريب المهاجرين إلى الإقبال المتزايد للمهاجرين غير الشرعيين، مما شجعهم على التلاعب بحياتهم في رحلات مخوفة بالأخطار وإمكانية تعرضهم للاسترقاق والاستعباد من قبل مافيا الاتجار بالبشر، ولهذا الغرض استحدثت المجموعة الدولية العديد من الآليات الدولية لتخفيف من وطأة تهريب الأفراد، دعمتها استجابة الدول في منظومتها القانونية إلى تأثيم تهريب البشر وتسهيل العقوبات على مرتكبيه.

الكلمات المفتاحية:

الجرائم العابرة للحدود، الهجرة غير الشرعية، جريمة تهريب المهاجرين.

Summary :

The smuggling of migrants crime is one of the most important transnational organized crimes where the perpetrators seek for financial or other material benefits to transfer individuals from one territory to another without respect the legal procedures, which is considered one of the most important aspects of illegal immigration.

The success of the smuggling of migrants activity has led to an increasing demand for illegal immigrants, which has encouraged them to manipulate their lives on risky trips and maybe being enslaved by the trafficking mafia.

For this purpose, the international community has developed many international mechanisms to reduce its impact , by criminalizing human trafficking and punishing those perpetrators in their legal system.

Keywords :

Transnational Crimes, Illegal Immigration, Smuggling of Migrants.

مقدمة:

تُعد جريمة تهريب المهاجرين من أهم الجرائم المنظمة العابرة للحدود الوطنية حيث يسعى مرتكبوها مقابل مبالغ مالية أو أية منافع مادية أخرى إلى نقل الأفراد من إقليم دولة إلى أخرى دون احترام الإجراءات القانونية، ولعل هذا من أهم الأوجه المتطورة للهجرة غير الشرعية باعتبار أن عصابات تهريب المهاجرين تحترف هذه العملية من خلال تنظيم رحلات الهجرة غير الشرعية ونجاحها نتيجة التخطيط المحكم ودقة العمل بواسطة رشوة الموظفين وتزوير وثائق السفر وتأمين وسائل التهريب بكل صوره وأوجهه والإشكال الذي يمكن طرحه: ما هي العلاقة بين جريمة تهريب المهاجرين والهجرة غير الشرعية؟، وهل يمكن القضاء على الهجرة غير الشرعية بالقضاء على جريمة تهريب المهاجرين؟.

للإجابة على هذه الإشكالية نولي بالشرح والتكيز النقاط التالية: أولاً: تعريف جريمة تهريب المهاجرين والمهجرة غير الشرعية، ثانياً: طبيعة العلاقة بين جريمة تهريب المهاجرين وظاهرة الهجرة غير الشرعية، ثالثاً: سبل القضاء على جريمة تهريب المهاجرين كآلية لتقليل من ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

أولاً: تعريف جريمة تهريب المهاجرين والمهجرة غير الشرعية.

يُعد البروتوكول الدولي لمكافحة تهريب المهاجرين برا بحراً جواً المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية الوثيقة الأولى المعالجة لهذا النوع من الإجرام ولقد عرف جريمة تهريب المهاجرين بموجب المادة 3 بأنها: " تدبير الدخول غير المشروع لشخص إلى دولة طرف ليس ذلك الشخص من رعاياها أو من المقيمين الدائمين فيها، وذلك من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة مادية أخرى ونلاحظ من خلال هذا التعريف حصر البروتوكول عملية تهريب المهاجرين بتدبير الدخول دون الخروج غير المشروع للدولة طرف، وهذا أمر غير صائب لأنه ينفي الصفة الإجرامية على أي عمل مدبر للخروج منها بصفة غير مشروع ولو كان المهرب وطني أوله إقامة دائمة بما مادام صفة اجتياز الحدود تمت دون احترام القواعد القانونية، وإمكانية تعريض حياة الفرد إلى الخطر كافي ليكون الفعل منوطاً بالتجريم ومحلاً للمساءلة الجنائية.

والأمر ذاته عندما يكون المواطن أو المقيم الدائم ودخل بصفة غير شرعية بفعل مدبر من الغير يتحقق السلوك الإجرامي في التهريب على الرغم من أن بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين أبعد الصفة الجنائية على هذا السلوك بنصه تدبير الدخول غير المشروع لأحد الأشخاص إلى دولة ليس ذلك الشخص من مواطنيها أو من المقيمين الدائمين فيها، وتتجلى هذه الحالة في تدبير الدخول لشخص متابع جزائياً أو وجوده داخل الدولة يهدد أمنها واستقرارها¹.

وقد يقال بأنه ليس هناك أي سبب لإدراج فعل الإخراج ضمن التعريف، لأن فعل الإدخال يستغرق فعل الإخراج أيضاً حيث أنه ليس بالإمكان إدخال شخص إلى إقليم دولة ما إن لم يتم إخراجهم من إقليم دولة أخرى، أي لا يمكن تصور فعل الإخراج بدون الإدخال، ويمكن الرد على هذا التصور بإمكانية وقوع فعل الإخراج بمعزل عن فعل الإدخال. فقد يتمكن الفاعل من إخراج الشخص المستهدف دون أن يتمكن من إدخاله إلى دولة أخرى².

كما اشترط بروتوكول تهريب المهاجرين الدولي لمكافحة تهريب المهاجرين أن يكون الهدف من القيام بتهريب المهاجرين الحصول على منفعة مالية أو أي منفعة مادية أخرى و نلاحظ أنه أغفل إمكانية أن يكون هدف المهرب الحصول على منفعة معنوية، مما يمكن إفلات الكثير من الجناة من دائرة التجريم و بالتالي العقاب، لأن عملية تهريب المهاجرين قد لا يكون الهدف منها الحصول على منفعة مالية أو أية منفعة مادية، وإنما منفعة أخرى تتمثل في استغلال المهربين فيما بعد في أعمال شاقة أو استغلالهم في الدعارة، أو الجنس، أو الحصول على منافع سياسية أو دعائية لتوسيع نشاط عصابات التهريب فيما بعد³.

وعلى غرار البروتوكول الدولي لمكافحة تهريب المهاجرين عرف المشرع الجزائري جريمة تهريب المهاجرين في المادة 303 مكرر 30 بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 25 فبراير 2009 المعدل والمتمم لقانون العقوبات القيام " بتدبير الخروج غير المشروع من التراب الوطني لشخص أو عدة أشخاص من أجل الحصول بصورة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو أي منفعة أخرى".

¹ - مليكة حجاج، جريمة تهريب المهاجرين بين أحكام القانون الدولي والتشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم ، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2017، ص 32

² - محمد صباح سعيد، جريمة تهريب المهاجرين، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية دراسات للنشر والبرمجيات، القاهرة، 2013، ص 58.

³ - مليكة حجاج، جريمة تهريب المهاجرين بين أحكام القانون الدولي والتشريع الجزائري، المرجع السابق، ص 40.

ومن خلال نص المادة نلاحظ أن المشرع الجزائري وضع على قدم المساواة أن يكون المهاجر المهرب شخص واحد أو مجموعة من الأشخاص لتحقق جريمة تهريب المهاجرين⁴.

كما ركز المشرع على عملية الخروج غير المشروع دون التركيز على الدخول فخرق الحدود الوطنية بإدخال شخص بصفة غير قانونية لا يعد مهرباً يتحقق بموجبه السلوك الإجرامي المنصوص عليه في هذه المادة، وهذا أمر غير صائب انطلاقاً من مبدأ السيادة الدولية التي تتطلب أن تحمي كل دولة حدودها من الداخل والخارج لذا كان حرياً على المشرع الجزائري أن يعاقب على تدبير الدخول والخروج غير المشروع عبر الحدود الوطنية.

ونلاحظ أن المشرع الجزائري قصر نطاق التجريم على عملية تدبير الدخول غير المشروع على التراب الوطني، بحيث يفهم من ذلك؛ إذا كان تدبير الخروج غير المشروع عن طريق الجو والبحر لا يعد سلوكاً مجرم يتطلب المساءلة القانونية لذا كان على المشرع أن يتفطن لهذا النقطة، ويوسع نطاق التجريم على مستوى البحر والجو والبر وذلك بتغيير عبارة التراب الوطني بالإقليم، وفي الأخير نلاحظ أن المشرع الجزائري لم يحدد تحقق القصد الخاص في الحصول على مقابل مادي وإنما الحصول على أية منفعة مهما كانت طبيعتها للتوسيع دائرة التجريم والعقاب.

ومن خلال هذين التعريفين القانونيين جاءت المحاولات الفقهية للتعريف جريمة تهريب المهاجرين لإبراز مكان النقص القانوني وإيجاد بدائل عنه ومن أهمها "تدبير الدخول غير المشروع لشخص ما إلى دولة ليس موطنها أو لا يعد من المقيمين الدائمين فيها من أجل الحصول بطريقة مباشرة أو غير مباشرة على منفعة مالية أو منفعة أخرى"⁵، أو هي مساعدة المهاجرين على الدخول إلى أية دولة في إطار متطلبات تضمن بقاءهم في دولة المقصد مقابل الحصول على منافع⁶، وهناك من عرفها على أنها ضمان إدخال شخص بطريقة غير قانونية إلى دولة طرف في بروتوكول وهو ليس رعية من رعاياها و ليست له إقامة دائمة بإقليمها بغرض الحصول على فائدة مالية أو فائدة أخرى مادية⁷.

أما تعريف الهجرة فقد عرفت المنظمة الدولية للهجرة الهجرة "على أنها هي تنقل شخص أو مجموعة أشخاص سواء بين البلدان أو داخل نفس البلد بين مكانين فوق ترابه، ويشمل مفهوم الهجرة جميع أنواع تنقلات الأشخاص بتغيير محل الإقامة المعتاد"⁸. وللحجرة تصنيفات متعددة نذكر منها التصنيف على أساس مكان الهجرة فتقسم الهجرة إلى هجرة داخلية وخارجية، وبالنظر إلى رغبة الشخص في الهجرة تنقسم إلى هجرة قسرية وهجرة طوعية. أما إذا نظرنا إلى فئات المهاجرين فنجد العمال المهاجرين، والمهاجرين في

⁴ - ونلاحظ كذلك أن تسمية الجريمة بجريمة تهريب المهاجرين من قبل البروتوكول و التشريع الجزائري غير دقيقة، وعدم الدقة تعود إلى استخدام مصطلح المهاجر الذي يطلق على من يريد المغادر بنية البقاء - على الأقل سنة-، و معنى ذلك لا يمكن إصباغ صفة المهاجر على شخص ما إلا إذا صاحب الانتقال نية الاستقرار في الإقليم الذي توجه إليه. أما البقاء المؤقت الذي لا يصاحبه نية الاستقرار كالسفر المؤقت إلى الخارج لأغراض الترويج أو قضاء العطلة أو العلاج الطبي أو أداء مناسك الحج، و العمرة لا يؤدي إلى إصباغ صفة المهاجر على الشخص، وعلى هذا النحو فإن هذه التسمية سوف لن تشمل الحالات المتعلقة بإدخال شخص لا يمتلك نية البقاء والاستقرار في إقليم دولة بهدف السياحة أو العلاج أو القيام بزيارة وهذا سيؤدي بطبيعة الحال إلى تضيق نطاق الجريمة، وعدم التمكن من إضفاء الحماية الجنائية على نحو المطلوب على المصالح الجديدة بالحماية. لهذا السبب نقترح اعتماد مصطلح تهريب البشر أو تهريب الأفراد كسمية لهذه الجريمة بدلاً من تهريب المهاجرين لاتساع نطاق التجريم، وصيانة المصالح الجديدة بالحماية راجع أكثر: محمد سعيد الصباح، المرجع السابق، ص 60

⁵ - عثمان الحسن محمد نور، ياسر عوض الكريم المبارك، الهجرة غير المشروعة والجريمة، جامعة نايف للعلوم الأمنية، الرياض، 2008، ص 19.

⁶ International Migration And Human Rights (Challenges And Opportunities On The 60 the Universal Declaration Of Human Rights), Global Migration Group, United Nations, 2008 , P11.

⁷ وسيلة شابو، النظام القانون الدولي لمكافحة الهجرة غير الشرعية مداخلة مقدمة إلى الملتقى الوطني حول ظاهرة الهجرة غير الشرعية بين الأبعاد القانونية والإنسانية، مركز الجامعي الحاج أقي اخموك، تمراست، أيام 21-23 مايو 2010، ص 6.

⁸ - المنظمة الدولية للهجرة، قانون الهجرة الدولي، مسرد بمصطلحات الهجرة، العدد 06، جنيف، 2006، ص 21.

وضعيات هشة من أمثال اللاجئين والقصر غير المصحوبين ، والقصر المنفصلين و غيرهم، أما إذا نظرنا إلى مدى سلامة إجراءات التنقل من بلد إلى آخر فتقسم الهجرة إلى هجرة شرعية وهجرة غير شرعية⁹.

أما الهجرة غير القانونية فلقد تعددت تسمياتها فهناك من أطلق عليها مصطلح الهجرة غير القانونية معرّفاً إياها على أنها (دخول الشخص موطناً غير موطنه أو يسافر للإقامة في وطن أجنبي بدون حيازته الوثائق اللازمة أو المرخصة التي تسمح باستقباله أو بإقامته)¹⁰. وهناك من أطلق عليه مصطلح "الحراف" وهو مصطلح شائع استعماله في بلدان المغرب الكبير ويعني: (أولئك الذين يقطعون البحر الأبيض المتوسط متجهين إلى الجنوب الأوربي في قوارب الموت، وعندما يصلوا يقوموا بحرق وثائقهم التي تربطهم ببلدهم الأصلي)¹¹. وهناك من أطلق على تسميتها الهجرة السرية (فالمهاجر يدخل إلى الدولة المقصودة خفية عن حراس الحدود ويعيش فيها خفية)¹². ومن الناحية الدولية أطلق عليها المؤتمر الدولي لسكان والتنمية لسنة 1994 مصطلح الأشخاص بدون وثائق¹³.

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري استعمل مصطلح الهجرة غير الشرعية بموجب المادة 175 مكرر 1 ونرى بأنه كان حرياً به أن يستعمل عبارة غير قانوني بدلا من غير شرعي لاستقامة المعنى، وعدم تناقضه مع ما جاء في الجزء الثامن من قانون العقوبات المعالج لهذه الجريمة، كما أن مصطلح غير شرعي قريب إلى المنظور الشرعي لهذه الجريمة - الديني - أكثر من الناحية القانونية.

ثانيا: طبيعة العلاقة بين جريمة تهريب المهاجرين والهجرة غير الشرعية.

مما شك فيه أن هناك علاقة جوهرية ومهمة بين تهريب المهاجرين والهجرة غير الشرعية - يجهلها الكثير من الباحثين - وإبراز مكان هذه العلاقة لن يتأتى إلا بالتطرق إلى معرفة الحدود الفاصلة والخطوط الجامعة بينهما.

أ- أوجه التشابه بين جريمة تهريب المهاجرين و ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

تتشترك جريمة تهريب المهاجرين مع الهجرة غير الشرعية في العديد من النقاط نلخصها على النحو الآتي:

(01)- من حيث المساس بحدود الدول وأنظمتها الداخلية: تلتقي جريمة تهريب المهاجرين مع الهجرة غير الشرعية في أن كلاهما يعتديا على حدود الدول وحرمة سيادته وذلك بالدخول إلى أرضها والخروج منها دون التقيد بالإجراءات التي تسنها في هذا المجال¹⁴.

(02)- من حيث الانتشار العالمي: أطلق "برونس مكنلي" مدير عام لمنظمة الهجرة الدولية بما فيها الهجرة غير الشرعية، وتهريب المهاجرين، على القرن الحادي والعشرين اسم قرن الهجرة، وذلك لرسمها خطا تصاعديا فاق كل المؤشرات، فحسب تقديرات منظمة العمل

⁹ - حسينة شرون، الهجرة غير الشرعية بين الإباحة والتجريم، مجلة الاجتهاد القضائي، العدد الثامن، جامعة خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2011، ص 21.

¹⁰ - أنظر خالد فهمي، النظام القانوني لمكافحة جرائم الاتجار بالبشر في ضوء القانون رقم 64 سنة 2010 والاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، الإسكندرية، 2009، ص 192 و Graziano Battistella, Irregular Migration An Approach to An Intractable Issue , Organization For Migration ,International Institute Of Humanitarian law , 2008 p 51.And International Migration And Human Rights Challenges And Opportunities On The 60 th Universal Declaration Of Human Rights), Global Migration Group, United Nations, 2008. , P07.

¹¹ - نصيرة عتيق، الهجرة غير الشرعية في ظل الشريعة الإسلامية مداخل مبدئية إلى الملتقى الوطني حول الهجرة غير الشرعية إشكالية للقانون جديدة جامعة العربي بن مهيدي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، أم البواقي، 19-20 أبريل 2009، ص 288.

¹² - عبد المالك صايش، مكافحة الهجرة غير المشروعة نضرة على القانون 09-01 المتضمن تعديل قانون العقوبات، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، العدد 01، جامعة ميرة عبد الرحمان، كلية الحقوق، بجاية، 2011، ص 9. ومحمد معمر، أسباب ودوافع الإقبال، (مذكرة للتخرج لنيل شهادة الماجستير)، جامعة الجزائر، كلية العلوم الاجتماعية، قسم علم الاجتماع 2008 - 2009، ص 35.

¹³ - عبد الحليم بن مشري، ماهية الهجرة غير الشرعية، مجلة المفكر، العدد السابع، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، ص 198.

¹⁴ - مليكة حجاج، الحدود الفاصلة بين جريمتي الهجرة غير القانونية وتهريب المهاجرين، مجلة التراث، العدد 19، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2015، ص 290.

الدولية فإن حجم الهجرة السرية بين 10 و 15% من عدد المهاجرين في العالم¹⁵، أما عن منظمة الهجرة الدولية فتشير إلى نحو 1.5 مليون مهاجر غير شرعي في الاتحاد الأوروبي¹⁶ بينما قدرت الشرطة الأوربية عدد المهاجرين بحوالي نصف مليون مهاجر¹⁷ ويقدر البنك الدولي أن أكثرية أولئك المهاجرين ينتمون إلى بلدان عربية.

(03)- من حيث هدر الحقوق الجسمية للمهاجرين.

تمس جريمة تهريب المهاجرين العديد من المصالح الجديرة بالحماية الدولية والوطنية فهي تمس الكيان الإنساني بجعله مجرد بضاعة يمكن أن تحمل كصناديق داخل الشاحنات والحافلات وحوايات السفن متناسياً مرتكبوها أن هذه الأجسام البشرية تحتاج إلى ضروريات لا تحتاجها بقية الكائنات كالتنفس وتوفير لهم الأكل والشرب... الخ، وهذه الأمور في كثير من الأحيان يفتقدها المهاجرون المهربون خاصة إذا كانت المسافة التي يعبرونها طويلة ، والأمر ذاته بالنسبة للمهاجرين السريين فمحاولتهم اعتناق المجهول وامتناء قوارب الموت مثلاً بالنسبة للشباب الجزائري يشكل خطر عليهم. وهذا ما نشاهده في القنوات التلفزيونية بابتلاع البحر المئات من الشباب الجزائري وفقدان العشرات منهم ، وحتى من الناحية الإسلامية يعد هذا العمل محذور لقوله عز وجل " ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة و أحسنوا إن الله يحب المحسنين " ¹⁸. وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم " من ركب البحر عند ارتجائه فمات فقد برئت منه الذمة أي برء من حفظ الله وعنايته".

(ب)- نقاط الاختلاف بينهم.

تختلف جريمة تهريب المهاجرين على الهجرة غير الشرعية في العديد من النقاط نوجزها في النقاط التالية:

(01)- من حيث العقوبات الجزائية.

تعتبر جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم الخطيرة بتهديدها العديد من المصالح الجديرة بالحماية من خلال عدم احترام الأنظمة الداخلية للدول بإدخال العديد من الأفراد إليها بدون استئذان، وامتياز كرامة الإنسان والتلاعب بحياته في رحله كلها أخطار مقابل جني الأموال لذا حرص برتوكول الإضائي لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة المتعلقة بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو على ضرورة تسليط اشد العقوبات على مرتكبي هذا النوع من الإجرام، وتماشيا مع هذا النهج جرم المشرع تهريب المهاجرين في ظل تعديل قانون العقوبات 2009 معتبرا إياه من الجرائم الواقعة على الأشخاص وعاقب مرتكبيه بعقوبة الحبس من ثلاث سنوات إلى خمس سنوات وحدد له ظروف التشديد ومبررات التخفيف، وبالمقابل وفي نفس السنة جرم الهجرة غير الشرعية واعتبرها من الجرائم المرتكبة ضد القوانين والأنظمة المتعلقة بمغادرة التراب الوطني وحدد عقوبتها بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر بموجب نص المادة 175 مكرر 1 من قانون العقوبات ونلاحظ أن عقوبة الهجرة غير الشرعية اقل من جريمة تهريب المهاجرين¹⁹.

¹⁵ - بالموازاة أعربت في ندوة عقدتها بالاشتراك مع وزارة الخارجية المصرية بالمعهد الدبلوماسي بالقاهرة سنة 2005 أنه في أية وقت من الأوقات يوجد ما بين 15 إلى 30 مليون مهاجر غير قانوني حول العالم. انظر: مصطفى إبراهيم عبد الفتاح العدوي، الجريمة المنظمة وعلاقتها بالهجرة غير الشرعية، مجلة الفكر الشرطي، العدد 72، المجلد الثامن عشر، القاهرة، 2010، ص 191.

¹⁶ Claus Folden ،Katarina Gembicka ،- Sarsembayev Marat Aldangovih ، Natalia Hadjimuratova Davron Mukhamadiev ، Baseline Research On Smuggling Of Migrant In From And Through Central Asia ، International Organization For Migration, Vienna, September 2006, p 5.

¹⁷ - خليل حسين قضايا دولية معاصرة، دار المنهل اللبناني، لبنان، بدون سنة نشر، ص 420.

¹⁸ - سورة البقرة الآية: 158.

¹⁹ - وما تجدر الإشارة إليه أن هذا القانون قبل نشره كان محل اختلاف من قبل النواب فهناك من اعتبر أن المادة 157 مكرر 1 تعاقب آلاف الشباب، وتتجاهل الأسباب الرئيسية لتفادي هذه الظاهرة، واستفحها في المجتمع الجزائري، وأنه من غير المعقول والمنطوق أن نحاول معالجة مأساة وطنية عقابيا بينما هي تتطلب معالجة سياسية. بالإضافة إلى أن هذا الإجراء يعد عقاب مزدوج أولاً للشباب الذين يحاولون الهروب من اليأس، وثانياً للأسف العائلات الذين يجهلون

(02)- من حيث الوسائل المستعملة.

تعد جريمة تهريب المهاجرين من الجرائم التي اتخذت أبعاداً متشابكة في أعماقها، لعمق الظاهرة التي تحتويها من أسباب مختلفة بين الآم وأمال الحاملين بمعانقة الضفة الأخرى، وبين تجارة مستمرة ومرجحة تشارك في إدارتها العديد من العقول المدبرة، والأيدي المنفذة، وهذه العملية تتطلب إمكانيات بشرية، ومادية منظمة ومسطرة، وفق أسس محددة ومعينة وذلك لطبيعة هذه الجريمة التي تقوم على البعد العابر للحدود الإقليمية، ولاستغراق فعلها في معظم الأحيان مدة زمنية تطول بطول الحدود الدولية، وفي هذا المجال أعلنت الشرطة البريطانية بتاريخ 11 أكتوبر 2005 اعتقال أكبر شبكات تهريب البشر في أوروبا، وذلك في سلسلة من المdahات التي قامت بها في لندن بعد عملية مراقبة أمنية استمرت سنتين شارك فيها جانب من الشرطة البريطانية، الفرنسية؛ الإيطالية؛ الهولندية؛ البلجيكية والدانمركية.

واتضح من التحقيقات الميدانية أن أعداد كبيرة من المهاجرين غير القانونيين من أكراد تركيا يدفعون من ثلاثة إلى خمسة آلاف جنيه إسترليني لتهريب الواحد منهم عبر البلقان إلى بريطانيا من خلال رحلة تستمر شهور في ظروف قاسية بواسطة شاحنات، سيارات وطائرات صغيرة، وبالمقابل نجد الهجرة غير الشرعية تتم بواسطة وسائل بسيطة فإذا كانت عن طريق البحر تتم باستعمال قوارب متهاكة واستغلال الممرات البحرية التي تقل فيها نقاط ومراكز المراقبة من قبل حرس الحدود، أو الصعود إلى السفن البحرية و التجارية بدون علم الإدارة و طاقم السفينة، أو تسلل إلى السفن أثناء عمليات الشحن والتفريغ، وعادة ما يختفون داخل المخازن أو داخل المستودعات أو قوارب النجاة²⁰، وإذا كانت جوا فتتم باستعمال المهاجرين غير القانونيين وثائق سفر أو تأشيرات مزورة²¹.

ثالثاً: سبل القضاء على جريمة تهريب المهاجرين كآلية لتقليل من ظاهرة الهجرة غير الشرعية.

إن قطع دابر عصابات تهريب المهاجرين وتسلط اشد العقوبات عليهم يعد من أهم أدوات مكافحة الهجرة غير الشرعية على اعتبار أن المهاجرين غير الشرعيين ضحايا ظروف اجتماعية واقتصادية في بلدانهم جعلتهم يمتطون قوارب الموت من جهة، والاستعانة بعصابات التهريب التي أصبحت تنتهك كيانهم البشري في رحلات مليئة بالأخطار من جهة أخرى، ولهذا السبب تضافرت الجهود الدولية للقضاء عليها والتخفيف من وطأتها من خلال فتح أجندة الحوار لتكوين نصوص دولية تتضمن صور التجريم وأدوات العقاب، وتبين سبل التعاون وفاعليته في التصدي لجريمة تهريب المهاجرين والقضاء عليها.

ويعد البروتوكول الدولي الإضافي لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة المتعلقة بمكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو من أهم الوثائق الدولية التي توحدت فيه إرادة الدول لضرورة مكافحته باعتباره من أهم صور الإجرام المنظم ولقد تناول في ديباجته أن ضرورة اتخاذ تدابير فعالة لمنع ومكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو، تتطلب نهجاً دولياً شاملاً، وفي حالة عدم وجود هذا التعاون بين مختلف الجهات الفاعلة المشمولة في التصدي لتهريب تكون معالجة مترجلة فاشلة في تحقيق المكافحة الشاملة ذات النسق الدولي، لذا يجب على الدول أن تعد العدة والعتاد لتتمكن من اتخاذ تدابير وافية للتصدي لهذه الجريمة بمختلف وسائلها وأشكالها وأهم هذه التدابير:

مصير أبنائهم إن كانوا أحياء أو أموات. من جهة أخرى إن تسلط العقاب على الشباب الجزائري لن يؤثر في سلوك هؤلاء فالذي لا يخشى الفرق في البحر لا يخشى الزج به في السجن، والشاهد على ذلك انتشار العديد من الجثث العائمة على السواحل الوطنية مما ينبغي تسليط العقاب على شبكات التهريب لا على الشباب الحالم بغد مشرق له ولعائلته. للتوسع انظر الجلسة العلنية المنعقدة يوم 21-05-2009 بالجلسة الشعبي الوطني، الفترة التشريعية السادسة، الدورة العادية الثالثة، ص 12.

²⁰- محمد البسطامي، الهجرة غير الشرعية، مجلة البحوث الاجتماعية و الجنائية، المركز القومي للبحوث الاجتماعية والجنائية، القاهرة، 2010 ص 74.

²¹- التشغيل و البطالة في الدول العربية نحو السياسات وآليات فاعلة، التقرير العربي الأول الصادر عن منظمة العمل العربية، 2008، ص 306.

(01)- تبادل المعلومات بين الدول.

إن مسألة تبادل المعلومات في مجال مكافحة تهريب المهاجرين تتسع إلى العديد من المجالات المختلفة بتوافر واحدة أو أكثر منها قد يؤدي إلى الكشف المبكر للجريمة وإلقاء القبض على مرتكبيها ومن ثم منع عملية تهريب المهاجرين من إقليم إلى آخر وحمايتهم من المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها.

إن تبادل المعلومات قد يكون حول أماكن التهريب ومسالكها خاصة بالنسبة للدول ذات الحدود المشتركة مع إلزامية الدول التي تتلقى المعلومات بالامتنال لأي قيد من قيود الاستعمال التي يفرضها البلد الذي يرسل تلك المعلومات²²، وفي هذا المجال أقر مكتب الأمم المتحدة المعني بمكافحة الجريمة والمخدرات أن الهدف من ذلك تشجيع على عدم التردد في تبادل المعلومات وأكد على ضرورة وضع مناهج حماية سلامة المعلومات بحيث لا تسمح بالحصول عليها إلا لمن يحتاجها، وفرض عقوبات على كل من يكشف المعلومات أو يسيء استعمالها²³.

(02)- مراقبة وسائل النقل.

إن السواد الأعظم لعمليات تهريب المهاجرين تتم عن طريق وسائل النقل لذا دعا بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين الدول الأطراف إلى سن تدابير تشريعية، أو أي تدابير من شأنها أن تسعى إلى أقصى حد ممكن للحد من استخدام وسائل النقل التي يستغلها الناقلون التجاريون²⁴ في ارتكاب التهريب من خلال تأكد الناقلين التجاريين بما في ذلك أي شركة نقل أو مالك أو أي وسيلة نقل من أن كل الركاب يحملون وثائق السفر الضرورية لدخول الدولة المستقبلية وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام يجب على الدول الأطراف أن تتخذ التدابير اللازمة لفرض جزاءات عليهم²⁵.

(03)- مراقبة وثائق السفر والتأكد من صحتها.

تقتضي مراقبة وثائق السفر والتأكد منها إنشاء أشكال أو تعديل معايير تقنية لإنتاج وثائق السفر، وسيكون فهم التكنولوجيات كإحصاءات الجنائية واستعمال معلومات مخزنة الكترونيا من الأمور الأساسية لصوغ معايير قانونية تستلزم استعمال تلك التكنولوجيات لمكافحة التهريب البشري عن طريق استعمال الوثائق المزورة²⁶.

(04)- ضمانات مساعدة المهاجرين المهريين وآليات إعادتهم.

أولى بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بموجب المادة السادسة عشر منه بعض الحقوق التي يجب احترامها من قبل دول الأعضاء وذلك بما يتواءم مع أحكام القانون الدولي المتعلقة خاصة بالحق في الرعاية الطبية اللازمة للمهاجرين المهريين من أجل الحفاظ على حياتهم، أو تفادي ضرر على صحتهم لا يمكن تداركه لاحقاً، ولا يمنع عنهم تقديم تلك الرعاية الطبية الطارئة بسبب أي مخالفة

22 - المادة العاشرة من الفقرة الثانية من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البحر والجو والبر المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

23- مؤتمر الأطراف في اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الفريق العامل المعني بتهريب المهاجرين، التحديات والممارسات الجيدة في مجال التعاون والتنسيق بما في ذلك تبادل المعلومات الاستخباراتية وغيرها من المعلومات لمكافحة تهريب المهاجرين - البند 5 من جدول الأعمال المؤقت بفيينا- 30 أيار- مايو، 1 حزيران 2012، ص6.

24- الناقل التجاري هو أي شخص يعمل في مجال النقل الدولي للبضائع والأشخاص لعرض الربح التجاري، أنظر: المرجع نفسه ص58.

25- أنظر: الفقرات 2، 3، 4 من المادة 11 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر، البحر، والجو.

26 - وهذا ما نصت عليه الفقرة (أ) من المادة 12 من بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين بأن تكون وثائق السفر أو الهوية التي تصدرها الدول الأطراف ذات نوعية يصعب معها إساءة استعمال تلك الوثائق أو تزويرها أو تحويلها أو تقليدها أو إصدارها بصورة غير مشروعة.

لقانون الهجرة المتعلق بالقانون الداخلي للدولة سواء بدخولهم أو بقائهم غير المشروع²⁷. والعلة من إرساء الحق في الرعاية الطبية ضمان سلامة المهاجرين عندما يتم اعتراضهم من قبل السلطات بعد أن كانوا قد مكثوا في حاويات الشحن المحكمة بالإغلاق من دون ما يكفي من الهواء والماء والطعام، وبعد أن قاموا برحلات طويلة وخطرة قد يكونون بحاجة لضروريات الحياة بما فيها الرعاية الطبية.

05- توفير المساعدة للمهاجرين المعرضة حياتهم أو سلامتهم للخطر.

تعد مسألة توفير المساعدة للمهاجرين المهربين أثناء تعرض حياتهم أو سلامتهم للخطر من المسائل الجوهرية التي دعا البروتوكول الدول الأطراف على احترامها والالتزام بها، ويتضمن ذلك توفير الأمن الجسدي من طرف سلطات تنفيذ القانون، وإتاحة سبل الحصول على الطعام والمأوى والرعاية الطبية الطارئة والخدمات القنصلية والمشورة القانونية، ففي بلجيكا يحظى الأشخاص الذين يتعرضون لبعض الأشكال شديدة الخطورة من تهريب المهاجرين بأنواع من الحماية تشبه تلك التي يحظى بها ضحايا الاتجار بالبشر، وينطبق ذلك على الحالات التي تتعرض فيها حياة الضحية إلى الخطر عن عمد أو بسبب إهمال، وعندما تسفر الجريمة عن الإصابة بالمرض يبدو غير قابل للعلاج أو إعاقة جسدية أو عقلية دائمة أو الحرمان الكامل من أحد الأعضاء أو من استخدامه أو بتر خطير²⁸.

ودائماً في إطار فعاليات الأدوات الدولية في القضاء على أشكال التهريب وضع مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة القانون النموذجي لمكافحة تهريب المهاجرين سنة 2010 استجابة لطلب الجمعية العامة من أجل تعزيز جهود الدول الأعضاء وتقديم المساعدة إليها سعياً إلى انضمامها إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية والبروتوكولات الملحققة وتنفيذها²⁹، وقد حددت المادة الأولى من القانون النموذجي لمكافحة تهريب المهاجرين الهدف الأساسي منه والمتمثل في "تنفيذ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، منع مكافحة تهريب المهاجرين، تعزيز التعاون على الصعيدين الوطني والدولي وتسهيله من أجل تحقيق الأهداف المنشودة، وحماية حقوق المهاجرين المهربين" كما قام مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة وأجهزته بإصدار العديد من التقارير والتوصيات توضح مدى خطورة جريمة تهريب المهاجرين، وأهم الأدوات المساعدة لدول الأطراف في تعزيز سلامة، وأمن وثائق السفر والهوية، وآليات تعاون الأطراف من أجل وضع حد لإساءة استعمال وثائق السفر والهوية، ومواجهة التهريب البشري بجميع أشكاله، ومن بين هذه الأدوات التقرير الصادر عن مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة للترويج ودعم وتنفيذ بروتوكول مكافحة تهريب المهاجرين عن طريق البر والبحر والجو المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية بفينا 1- 19 أكتوبر 2012، وقد تناول التقرير العديد من المواضيع أهمها:

- حالة تهريب المهاجرين عن طريق البحر، التعريف، الأنماط والاتجاهات والنطاق وطرق العمل، الأشخاص الضالعون في عملية التهريب، وأدوارهم ومسار التهريب وأجهزة التهريب والأرباح.
- التنسيق والتعاون فيما بين مختلف القطاعات والوكالات وفي مجال العدالة الجنائية على الصعيد الدولي الوطني.
- استخلاص الخبرات الفنية المختلفة من تجارب بلدان المنشأ، العبور والمقصد بغرض زيادة فهم هذه المسألة، والتحديات التي تواجه الدول في معالجتها ومن أجل مساعدة الدول الأطراف على تعزيز أمن وثائق السفر أو الهوية لوضع حد لإساءة استعمال وثائق السفر أو الهوية.

²⁷- كمال بوخرص، جريمة تهريب المهاجرين والبيات مكافحتها، (مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات الحصول على درجة الماجستير في العلوم القانونية والإدارية)، تخصص قانون جنائي، جامعة قاصدي مرباح، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ورقلة، 2011-2012، ص 110.

²⁸ - مليكة حجاج، مكافحة جرمي تهريب الأطفال والاتجار بهم في ظل القانون الدولي والتشريع الجزائري، مجلة المفكر العدد 13، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، بسكرة، 2016، ص 347.

²⁹- القانون النموذجي لمكافحة تهريب المهاجرين، عن طريق البر والبحر والجو، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة، فيينا، 2010، ص 1.

كما قام مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة بنشر برنامج التدريب بعنوان: مدخل إلى فحص الوثائق الأمنية ويهدف هذا البرنامج إلى:

- مساعدة الدول على التوعية باستخدام وثائق هوية المزورة.
 - استحداث منهجيات لاستعراض وثائق الهوية المزورة و التعرف عليها.
 - استحداث منهجيات لاستعراض وثائق الهوية الأصلية المستخدمة في عمليات الاحتيال و تحديد الأركان المعرفية للفحوص الجنائية الأساسية للوثائق فيما يتعلق بصنع الوثائق وكيفية تزييفها.
- كما يعتبر المركز الدولي لتطوير السياسات المتعلقة بالهجرة³⁰ موضوع تهريب المهاجرين والهجرة غير القانونية محور اهتمامه، ويضع قضايا التهريب والهجرة ضمن أولوياته وذلك بإصدار العديد من الدراسات في هذا المجال على غرار الكتب السنوية الدورية التي يصدرها بعنوان الهجرة غير الشرعية، تهريب المهاجرين والاتجار بالبشر في وسط وشرق أوروبا، ولقد قدر عدد المهاجرين غير النظاميين في كل سنة ما بين 100400 إلى 120000 منهم من جنوب وشرقي المتوسط³¹.
- وفي هذا المجال قامت كذلك المنظمة الدولية للهجرة بمباشرة حملات إعلامية في قلب الدول المصدرة للمهاجرين لتحسيس الراغبين في الهجرة بمشاكلها وانعكاساتها وتزويدهم بمعطيات دقيقة وموثقة فيما يتعلق بالوضع الاقتصادي والاجتماعي للدول المستقبلية على وجه الخصوص.

وفي هذا الإطار تعتبر صحيفة المعلومات وأخبار المنظمة من بين أهم الوسائل التي تسهر المنظمة على إصدارها وتتضمن مختلف المعلومات حول أنشطتها والعديد من المعطيات حول الهجرة³²، كما أنها تقوم بتقديم مساعدة أجهزة الدول المكلفة بمكافحة تهريب المهاجرين من خلال الورشات التحسيسية التي تعقدها دوريا مثل تلك التي أقيمت لفائدة شرطة اندونيسيا في شهر أبريل 2012 وفي شهر جوان من نفس السنة لصالح شرطة فتنام³³. وفي الأخير تعتبر المنظمة الدولية للشرطة الجنائية من أهم الأجهزة الأمنية النشطة في مجال مكافحة تهريب المهاجرين باعتباره أحد أخطر فروع الجريمة المنظمة من خلال المساهمة والمساعدة في تفكيك الشبكات الإجرامية الضالعة في تهريب المهاجرين، و تعمل المنظمة على تقديم المساعدة الميدانية، بما لديها من قواعد وبيانات واسعة النطاق ومعلومات استخباراتية وكذلك الخبرات الفنية والتدريبية³⁴.

كما تعمل جنبا إلى جنب مع الدول الأعضاء التي تحتاج إلى مساعدتها، وبالخصوص تلك التي تعتبر تهريب المهاجرين بالنسبة إليها أولوية نظرا لحدته وخطورته، وعليه فإن إفريقيا تعتبر أحد الأهداف الأساسية في العمليات التي يقوم بها على أساس إبعاد الخطر الذي

³⁰ - هو منظمة دولية حكومية تتمتع بمركز مراقبة في هيئة الأمم المتحدة تم إنشائها في عام 1993 بين كل من سويسرا والنمسا، غير أنها اليوم تضم تسعة دول أخرى وهي كل من بلغاريا، كرواتيا، الجبل، تركيا، بولونيا، البرتغال، سلوفاكيا، السويد وجمهورية التشيك كما أنها تتمتع بدعم من أكثر من 30 دولة³⁰. عبد المالك صايش، مكافحة تهريب المهاجرين السريين، المرجع السابق، ص 310.

³¹ - رضا شحاتة، دراسة عن ظاهرة الهجرة غير النظامية من البلاد العربية إلى دول الاتحاد الأوروبي وخبرات الدول العربية في مكافحة هذه الظاهرة (ورقة عمل شاركت بها وزارة القوى العاملة والهجرة بجمهورية مصر العربية في الاجتماع الخاص بوزراء العرب المقيمين والمغتربين في الخارج في إطار الإعداد لقمة التنمية العربي)، القاهرة، في: 19.18.2008 ص 26.

³² - محمد المراتب، الحماية الدولية للمهاجرين، الجالية المغربية باسبانيا نموذجا، (رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة)، قسم القانون العام، تخصص القانون الدولي والعلاقات الدولية جامعة سيدي محمد بن عبد الله (طهر المهرز)، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس، 2006-2007، ص 52.

³³ - عبد المالك صايش، مكافحة تهريب المهاجرين السريين، المرجع السابق، ص 308.

³⁴ - كمال بوخرص، المرجع السابق، ص 123.

وصلت إليه جريمة تهريب البشر في هذه القارة وفي منطقة غرب إفريقيا خصوصا، كما تنصدر آسيا أيضا لائحة اهتماماتها على اعتبار أن منطقة جنوب شرق هذه القارة تعتبر من أبرز مناطق الانطلاق والعبور والاستقرار في العالم³⁵.

وبالرجوع إلى السياسة التشريعية الوطنية في مكافحة جريمة تهريب المهاجرين كآلية للتخفيف من وطأة الهجرة غير الشرعية تبنى المشرع الجزائري العديد من الآليات تصب في وضع حدود لجريمة تهريب المهاجرين تنطلق من استحداثه ضمن مدونته العقابية بموجب القانون رقم 09-01 المؤرخ في 29 فبراير 2009 القسم الخامس مكرر 2 جريمة تهريب المهاجرين وضمها إلى مجموعة الجرائم الماسة بالأفراد المنصوص عليها في الفصل الأول من الباب الثاني، ولاحتواء الجريمة ودراساتها على أكمل وجه خصص لها المواد من 303 مكرر 30 إلى المادة 303 مكرر 41، حيث قام بتعريفها وتحديد أركانها وعقوبة مرتكبيها، كما تناول الظروف التي تزيد من خطورتها الإجرامية مما يستدعي التوسع في الدائرة العقابية، ولقد حصر المشرع الجزائري هذه الظروف وقسمهما إلى ظروف مرتبطت بالمهاجرين المهربين كتهريب حياتهم أو سلامتهم للخطر أو ترجيح تعرضهم له، أو معاملتهم معاملة لا إنسانية أو مهينة، أو إذا كان من بين الأفراد المهربين قاصراً، وظروف تعد أكثر خطورة لارتباطها بالفاعل المهرب منها إذا سهلت وظيفته ارتكاب الجريمة أو تمت هذه الأخيرة من قبل جماعة إجرامية منظمة، أو مجموعة من الأفراد، ويكتفي بتحقيق ظرف واحد لاستحقاق العقاب المشدد.

كما أقر المشرع الجزائري تسليط العقوبة على الأشخاص المعنوية كوكالات السفر والسياحة متى ثبت ضلوعها في ارتكاب جريمة تطبيقاً للمادة 303 مكرر 38 من قانون العقوبات.

وبالمقابل نجد المشرع الجزائري اتبع سياسة التخفيف والإعفاء من عقوبة تهريب المهاجرين تحفيزاً منه على الإقدام على التبليغ عنها وكشفها خاصة وأن هذا النوع من الجرائم تنسم بطابع السرية والكنمان مما يرجح صعوبة كشف الغطاء عنها، وملاحقة مرتكبيها، وتحقق حالة الإعفاء من العقوبة متى كان تبليغ السلطات القضائية أو الإدارية عن جريمة تهريب المهاجرين قبل البدء في تنفيذها أو الشروع فيها، وتتحقق حالة التخفيف في العقوبة إلى النصف متى تم تبليغ بعد انتهاء تنفيذ الجريمة، أو الشروع فيها وقبل تحريك الدعوى العمومية أو إذا مكن المبلغ من إيقاف الفاعل الأصلي أو الشركاء في الجريمة بعد تحريك الدعوى العمومية.

وفي الإطار المؤسساتي المتبع لمكافحة تهريب المهاجرين قام المشرع الجزائري باستحداث الديوان المركزي في مكافحة الهجرة غير الشرعية ومن مهامه:

- التصدي لشبكات ووحدات الدعم للدخول غير المشروع للأجانب داخل التراب الوطني.
 - مكافحة تشغيل الأجانب المقيمين بطريقة غير شرعية داخل التراب الوطني.
 - مكافحة التزوير للوثائق الخاصة بالتجول والإقامة.
 - العمل على رسم خطة إستراتيجية فعالة لمكافحة الهجرة غير الشرعية³⁶.
- كما أنشأت في هذا المجال الفرق الجهوية للتحري حول الهجرة الغير شرعية والتي من مهامها متابعة شبكات الهجرة غير الشرعية وذلك عبر:

- التعرف والبحث وتوقيف والمتابعة بمقتضى القانون أفراد شبكات الموزعين والناقلين للمهاجرين غير الشرعيين،
- متابعة الأجانب الذين هم في وضعية غير قانونية.

³⁵- صايش عبد المالك، مكافحة المهاجرين السريين، المرجع السابق، ص306.

³⁶- خديجة بنتة، السياسة الأمنية الأوروبية في مواجهة الهجرة غير الشرعية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم السياسية والعلاقات الدولية، جامعة محمد خيضر، كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم العلوم السياسية والعلاقات الدولية، بسكرة، 2013، ص114.

تسجيل وتتبع كل المعلومات المتعلقة بظاهرة الهجرة غير الشرعية.

تحديد نقاط العبور غير الشرعية للأجانب³⁷.

خاتمة:

إن اتساع الفجوة بين أقطاب العالم وعدم تكافئها من حيث المستوى الاجتماعي والاقتصادي جعل مسألة الهجرة ضرورية لتحسين الظروف، والتوجه نحو المناطق الأكثر أمناً واستقراراً، غير أن سيل المهاجرين أصبح عبئاً ثقيلاً على دول الاستقطاب فُوقل بخلق الحدود وتشديد إجراءات الدخول إليها باعتبار أن هذا المطلب يعكس سيادة الدول وأمنها، وأمام هذه السياسة المشددة أصبح المهاجرين يبحثون عن منافذ أخرى تتواءم مع هذه المستجدات خاصة في ظل فشل الهجرة غير الشرعية إما بإلقاء القبض على المهاجرين وإعادتهم إلى وطنهم أو موتهم أثناء رحلاتهم لافتقادها التنظيم والتخطيط لهذا لقي نشاط تهريب المهاجرين رواجاً وإقبالاً من قبل الحالمين بتحسين أوضاعهم في غير بلدانهم بنقلهم إلى الوجهة التي يريدون مقابل مبالغ مالية.

إن نجاح نشاط عصابات تهريب المهاجرين يزيد من إقبال المهاجرين غير الشرعيين ويشجعهم على التلاعب بحياتهم في رحلات مخوفة بالأخطار وإمكانية تعرضهم للاسترقاق والاستعباد من قبل مافيا الاتجار بالبشر، ولهذا الغرض استحدثت المجموعة الدولية العديد من الآليات الدولية لتخفيف من وطأة تهريب الأفراد دعمتها استجابة الدول في منظومتها القانونية إلى تأثيث تهريب البشر وتبسيط العقوبات على مرتكبيه، غير أننا نلاحظ أن هذه السياسة لم تكون كافية للقضاء على التهريب وتخفيف منابع المهاجرين المهربين بدليل أن الألف من المهاجرين يموتون قبل الوصول إلى مقصدهم لهذا السبب نقترح بعض النقاط التي تحوي سياسات يمكن أن تتخذ للقضاء على تهريب المهاجرين ومن ثم القضاء على الهجرة غير الشرعية:

- خلق سياسة تنموية في دول المقصد وتشجيع الشباب على العمل باعتباره الشريحة الأكثر تعرضاً للتهريب.
- فتح الحوار بين الدول الغنية والفقيرة وضرورة تقديم الإعانات المالية من قبل الدول الغنية وتحملها جزء من الأفراد واستقبالهم خاصة وإن أغلب الدول الغنية - الاتحاد الأوروبي - تعاني من الشيخوخة.
- القضاء على شبكات تهريب المهاجرين عن طريق التعاون الفعلي في مجال تبادل المعلومات لتعقب أثر المجرمين وإلقاء القبض عليهم.
- تشديد العقوبات على مرتكبي جريمة تهريب المهاجرين في كل الحالات التي تعرض المهاجرين المهربين للخطر.
- توعية المواطنين بخطورة الهجرة غير شرعية ونشاط عصابات التهريب عن طريق وسائل الإعلام.
- السهر على حماية الحدود الإقليمية لإحباط عملية تهريب المهاجرين قبل بدء الرحلة.

³⁷ - الأخضر عمر الدهيمي، دراسة حول الهجرة السرية في الجزائر مداخلة مقدمة إلى الندوة العلمية حول التجارب العربية في مكافحة الهجرة غير المشروعة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، المملكة العربية السعودية، الرياض، 2010، ص 18.

الأثر القانوني لانتقال اللاعبين المحترفين؛ دراسة مقارنة، كرة القدم نموذجا.

**The legal effect of the transfer of professional players
-A comparative study-Football is a model-**

ط.د. أمينة غرمول، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/10 / تاريخ المراجعة: 2018/11/29

ملخص:

تعد عملية انتقال اللاعبين من العمليات القانونية التي تتصل بثلاثة أشخاص (النادي الأصلي، النادي الجديد واللاعب) والمقيدة في نفس الوقت بقيود لائحية، فهي عملية قانونية، قائمة بذاتها ومستقلة، لكنها حتى الوقت الحالي تفتقر إلى تنظيم تشريعي كامل خاص بها ولنظام قانوني تخضع له، خاصة في ظل عدم تطابق مقوماتها مع معطيات أي نظام من الأنظمة القانونية ثلاثية الأشخاص المنظمة تشريعيا.

الكلمات المفتاحية:

انتقال اللاعبين، عملية تنظيمية، عملية تعاقدية، دراسة تحليلية ومقارنة، كرة القدم نموذجا.

Abstract :

The transfert of players from the legal processes that relate to three people (the original club, the new club and the player). Wich is constrained at the same time by limitations, is a legal process that is independent. However, until now, it lacks a complete legislative organisation of its own and a legal system that is subject to it, especially in the light of the mismatch of its components with the data of any system of legislation organised by legislation.

Keywords :

The transfert of players, organizational process, contactual process, analytical and compartive study, Football is a model.

مقدمة:

تعد ظاهرة انتقال لاعبي كرة القدم من أهم الظواهر الاجتماعية التي يهتم بها معظم الناشطين في المجال الرياضي، إلا أنها مازالت بعيدة كل البعد عن الدراسات القانونية المتعمقة، والسبب في ذلك راجع إلى قصور لوائح الاحتراف من جهة وكثرة القيود المفروضة من قبل الاتحاد الرياضي لكرة القدم في هذا الخصوص من جهة أخرى هذا إلى جانب تضارب اللوائح والأنظمة المنظمة للاحتراف في بعض الدول الغربية و العربية مما دفع جانبا من الفقه إلى تحليل ظاهرة الانتقال من زاوية إدارية تنظيمية وهناك من قال بدور الإرادة في عملية انتقال اللاعبين.

وانطلاقا مما تقدم ذكره سيتم طرح الإشكال التالي: هل ظاهرة انتقال لاعبي كرة القدم بين الأندية الممارسة للاحتراف عملية تنظيمية إدارية محضة أم عملية قانونية بحثه؟ وهل تتطابق مقوماتها مع معطيات أي نظام من الأنظمة القانونية ثلاثية الأشخاص المنظمة تشريعيا أم أنها ذو طابع خاص تحتاج إلى تنظيم تشريعي مستقل بها؟.

وللإحاطة بالإشكالية التي يثيرها موضوع الدراسة، ولغرض تحليل ومناقشة كل النقاط كل النقاط التي تثيرها الإشكالية، ارتأينا تقسيم الدراسة إلى مبحثين كالتالي:

المبحث الأول: التكييف القانوني لعملية انتقال اللاعبين المحترفين

المبحث الثاني: عملية انتقال اللاعبين والأنظمة القانونية المشابهة لها.

المبحث الأول

التكييف القانوني لعملية انتقال اللاعبين المحترفين.

إن التكييف القانوني لظاهرة انتقال اللاعبين لا يزال يزرع الجدل، والتضارب الذي لمسناه على مستوى الآراء الفقهية يؤكد ذلك، فهناك من يحللها من منظور إداري وهناك من يضيف عليها الطابع الإرادي، وسنبين ذلك بشيء من التوضيح فيما يلي:

المطلب الأول: الطبيعة الإدارية والتنظيمية لعملية انتقال اللاعبين.

بداية لا بد أن نقرر أن عملية الانتقال، لا تظهر إلا بعد انقضاء عقد العمل الذي يبرمه اللاعب المحترف مع ناديه، وذلك أيا كان سبب الانقضاء، كما أن الانتقال يتطلب إدارة وتنظيم⁽¹⁾ تترجم في شكل شروط وقيود لائحية واجبة الاحترام والتنفيذ، وقبل أن نحدد هذه القيود لا بد من معرفة أولاً كيف تدار عملية انتقال اللاعبين ومن هم القائمين على إدارتها في نظر أصحاب هذا الرأي وفيما يلي نعالج مدى نجاعة هذا الطرح.

الفرع الأول: الفكرة الإدارية والتنظيمية لانتقال اللاعبين المحترفين.

يرى أصحاب هذه الفكرة أن انتقال اللاعبين بين الأندية الممارسة للاحتراف، قد يؤدي إلى عدم استقرار الأندية، لأنه لو فرض أن قرر أكثر من لاعب من ناد واحد و في وقت واحد الانتقال إلى أندية أخرى، فإن ذلك يؤدي إلى اضطراب مستوى هذا النادي بل قد يصل الأمر إلى حد هبوط النادي إلى مستوى الأندية الأدنى، هذا بالإضافة إلى أن إباحة انتقال اللاعبين دون قيد أو شرط، قد يفتح الباب أمام الإغراءات، التي قد تلجأ إليها بعض الأندية، رغبة منها في إحداث بلبلة في الفرق المنافسة، كما أن تسهيل عملية الانتقال قد يؤدي إلى فقدان النادي لبعض لاعبيه الأصليين الذين تم إعدادهم و تكوينهم في النادي⁽²⁾.

وعليه، فإن الاتحادات الرياضية لكرة القدم، باعتبارها من بين الهيئات الرياضية المعنية أصلاً بإدارة وتنظيم النشاط الرياضي وبصفة خاصة انتقال اللاعبين⁽³⁾، ودائماً في إطار المهام المنوطة بها والملقاة على عاتقها⁽⁴⁾ تلجأ من خلال لوائح الاحتراف، إلى فرض العديد من القيود والإجراءات، أمام عملية الانتقال، وفيما يلي سنعالج بعض القيود التي تعد القالب الشكلي الذي تمارس فيه هذه العملية ومن بينها: ما جاءت به لوائح الاحتراف من أنه لا يجوز انتقال اللاعب إلا خلال الفترة التي يحددها الاتحاد الرياضي للانتقال ومثال ذلك، ما تنص عليه المادة 11 من لائحة احتراف اللاعب السعودي⁽⁵⁾ وكذا ما أكدته المادة 19 من اللائحة الإدارية لجمعيات احتراف كرة القدم الفرنسية⁽¹⁾.

(1) لقد تولى المختصون في (إدارة الأعمال) أمر البحث في مفهوم الإدارة والتنظيم، إذ يعد التنظيم في نظرهم، مرحلة من المراحل التي تمر بها الإدارة، أو أنه يعد وظيفة من وظائفها. - راجع: محمد سليمان الأحمد، المسؤولية عن الخطأ التنظيمي في إدارة المنافسات الرياضية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في القانون المدني، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002، الطبعة الأولى، ص 35؛ - راجع: عاطف محمد عبيد، أصول الإدارة والتنظيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 1976، بدون ذكر الطبعة، ص 23.

(2) عبد الحميد عثمان الحفني، عقد احتراف لاعب كرة قدم، مفهومه - طبيعته القانونية - نظامه القانوني - دراسة مقارنة بين لوائح الاحتراف في بعض الدول العربية، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، مصر، 2007، الطبعة الأولى، ص 166.

(3) محمد سليمان الأحمد، المرجع نفسه، ص 54.

(4) للتفصيل أكثر حول الاتحاد الرياضي وكيفية تأسيسه ومكان تأسيسه، ونشاطاته، - راجع: وجيه محجوب وفؤاد سراج، الدولة والشباب، مطبعة جامعة بغداد، 1983، بدون ذكر الطبعة، ص 245 وما بعدها.

(5) تنص المادة 11 من لائحة احتراف اللاعب كرة القدم السعودي، الصادرة عن الاتحاد السعودي لكرة القدم، على أنه: "يجوز انتقال اللاعب من ناد إلى آخر في فترتين يحددهما الاتحاد في كل عام، الأولى في نهاية الموسم الرياضي والثانية في منتصف الموسم الرياضي الجديد".

ودائما في إطار نفس السياق نجد أن لوائح الاحتراف كثيرا ما تلزم الأندية، في حال انتهاء المدة المتفق عليها لسريان عقود احتراف بعض اللاعبين بأن تقوم بإخطار الاتحاد الرياضي بأسماء هؤلاء اللاعبين، ويقوم الاتحاد الرياضي، بمجرد وصول الأسماء إليه بإخطار الأندية الأخرى، وبصفة خاصة الأندية التي تعلن عن رغبتها في انتقال لاعبين جدد إليها، بأسماء هؤلاء اللاعبين وعناوينهم، وذلك حتى تتمكن الأندية الراغبة في انتقال اللاعبين إليها من الاتصال بهم والتفاوض معهم ومع أنديةهم الأصلية، بشأن إتمام عملية الانتقال⁽²⁾. ولكل هذه الاعتبارات ومن خلال الإجراءات التي استعرضناها آنفا يرى أصحاب هذا الطرح عملية الانتقال من جانب إداري تنظيمي محض بمعنى لا تخرج عن كونها عملية إدارية، لأن حسن إدارة المرفق العام مرفق الرياضة، كانت السبب الرئيسي في وضع هذه القيود وتلك الإجراءات، فاللاعب المحترف يعد من الناحية الإدارية والتنظيمية، في حالة تبعية للاتحاد الرياضي لكرة القدم، ومن ثم يحق لهذا الأخير أن يضع من القيود والإجراءات ما يمكنه من إدارة النشاط الرياضي، وإدارة المسابقات وكذلك تنظيم عقود الاحتراف ومن ثم رقابة عملية انتقال اللاعبين بين الأندية.

الفرع الثاني: تقدير الفكرة السابقة.

ليس ثمة شك في أن هذا الاتجاه تسانده عدة اعتبارات ومؤسس على مبادئ تتطابق مع طبيعة المهام الملقاة على عاتق الاتحادات الرياضية، إلا أنه لم ينظر نظرة شاملة لعملية الانتقال ولم يعطيها تكييف جامع مانع لها كما أنه لم يضبط طبيعتها القانونية بشكل إن صح التعبير متزن ولم يكافؤ الجوانب، خاصة وأن هذه الأخيرة تعد من أهم الدراسات القانونية التي تهم المشتغلين بدراسة القانون، فإضفاء وصف قانوني معين على تصرف من التصرفات يفيد في معرفة النظام القانوني الذي يخضع له هذا الأخير. ورغم ما لتحديد الطبيعة القانونية من أهمية وانعكاس فيما بعد إلا أنها لا تعد أمرا ميسورا، فكثيرا ما يواجه الباحث في هذا المجال عديدا من الصعوبات، وبصفة خاصة إذا كانت العملية التي يريد تحديد طبيعتها القانونية ظهرت حديثا أي مازالت في مرحلة التكوين، ومن ثم يفتقر إلى التنظيم التشريعي الكامل وهذا هو الحال بالنسبة إلى ظاهرة انتقال لاعبي كرة القدم المحترفين محل الدراسة. وعليه، يبدو لنا أن أصحاب هذه الفكرة حللوا ظاهرة انتقال اللاعبين من منظور إداري تنظيمي بحث مركزين فقط وبالدرجة الأولى على صلاحيات الاتحادات الرياضية في هذا المجال متجاهلين بذلك أنه حتى وإن كانت هذه الأخيرة تملك سلطة فرض بعض القيود والإجراءات الإدارية والتنظيمية بهدف تنظيم عملية الانتقال، إلا أنها في الوقت نفسه لا تستطيع تقييد حرية اللاعب وتلزمه بالبقاء في ناد معين أو تفرض عليه الانتقال إلى ناد معين، يضاف إلى ذلك أن هذا التحليل، يتجاهل حقيقة مؤكدة وهي أن عملية الانتقال هي اتفاق يتم بتعبير عن إرادة أشخاص ثلاثة، الناديين واللاعب ومن ثم لا يمكننا تجاهل هذه الإرادات⁽³⁾، وعلى هذا الأساس، كان لا بد من البحث عن تكييف آخر لعملية الانتقال، يضع في الاعتبار إرادة الأشخاص المتعاقدة ويثمنها ونعتقد أن عملية الانتقال لا تخرج عن كونها عملية قانونية مقيدة، ذات أشخاص ثلاثة، بمعنى عملية توفيقية بين الإدارة والإرادة إن صح التعبير.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لعملية انتقال اللاعبين المحترفين.

(1) تنص المادة 19 من اللائحة الإدارية لجماعات احتراف كرة القدم الفرنسية، الصادرة عن الاتحاد الفرنسي لكرة القدم، على أنه: "لا يجوز انتقال اللاعبين إلا خلال المدة في 15 يونيو وحتى 31 يوليو".

(2) للمزيد من التفصيل حول هذه الإجراءات والقيود أنظر: المادة 14 من لائحة الاحتراف الفرنسية، الصادرة عن الاتحاد الفرنسي لكرة القدم.

(3) عبد الحميد عثمان الحفني، المرجع السابق، ص 167.

لا يمكن أن تتجاهل الدور الذي تلعبه الإرادة في عملية انتقال اللاعبين والمقصود هو إرادة النادي الأصلي والنادي الذي سينتقل إليه اللاعب وكذلك إرادة اللاعب نفسه، فلا يكفي لإتمام عملية الانتقال مراعاة القيود والإجراءات التي تنص عليها لوائح الاحتراف⁽¹⁾، بل يجب إلى جانب ذلك اتفاق الأطراف الثلاثة، الناديان واللاعب، فالانتقال إذن عملية قانونية ثلاثية الأطراف.

والجدير بالذكر أن عملية الانتقال، تتم من الناحية العملية، إمّا بناء على طلب النادي⁽²⁾ أو اللاعب وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: الانتقال بناء على طلب النادي.

يقوم الاتحاد الرياضي في نهاية الموسم الرياضي بإخطار الأندية الممارسة للاحتراف⁽³⁾ بأسماء اللاعبين الذين انتهت عقود احترافهم، ومن ثم يكون للنادي الذي يرغب في انتقال لاعب معين إليه، أن يبدأ الاتصال بالنادي الأصلي لهذا اللاعب ويتم ذلك وفق ما يلي:

1/- يرسل النادي الراغب في انتقال لاعب معين إليه استمارة انتقال إلى النادي الأصلي للاعب، وتتضمن هذه الاستمارة عرضا بقيمة الانتقال.

2/- يبدأ بعد ذلك التفاوض بين الناديين، وفي حالة الاتفاق على انتقال اللاعب بقيمة الانتقال يثبت ذلك خطيا على الاستمارة الخاصة بذلك.

3/- تؤخذ موافقة اللاعب من قبل ناديه الأصلي على الانتقال وذلك بتوقيعه على الاستمارة الخاصة بالانتقال.

4/- يرم بعدها النادي الذي يرغب بانتقال اللاعب إليه عقدا مع اللاعب ثم يرسل هذا العقد إلى الاتحاد الرياضي لكرة القدم للتصديق عليه وتسجيله⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الانتقال بناء على طلب اللاعب.

إن اللاعب هو الرياضي وهذا الأخير هو كل ممارس معترف له طبيا بالممارسة الرياضية ومتحصل قانونا على إجازة ضمن ناد أوجهة رياضية، ويعتبر ممارسا كل شخص معترف له طبيا بالممارسة الرياضية ويواظب على الممارسة البدنية والرياضية⁽⁵⁾.

يحق للاعب أن يطلب الانتقال من ناديه إلى ناد آخر أو وضعه على قائمة الانتقال، فإذا وافق النادي الأصلي، يقوم بوضع اللاعب على قائمة الانتقال ثم يقوم بإخطار الاتحاد الرياضي واللاعب بذلك، يبحث اللاعب عن عروض للانتقال في الأندية الأخرى، فإذا وفق في الانتقال مع أحد هذه الأندية على انتقاله إليه، تبدأ عملية التفاوض بين الناديين على قيمة الانتقال، وفي حالة الاتفاق على

(1) أكدت المادة 01 من لائحة تقنين وضع اللاعبين وقواعد انتقالهم بالاتحاد الدولي لكرة القدم FIFA إلزامية القواعد التي تتضمنها.

(2) النادي الرياضي هو الهيكل القاعدي للحركة الرياضية الذي يضمن تربية وتحسين مستوى الرياضي من أجل تحقيق الأداءات الرياضية.

(3) طبقا لنص المادة 78 من القانون رقم 05-13 المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها المؤرخ في 23 جويلية 2013، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 39، المؤرخة في 31 جويلية 2013: "يعد النادي الرياضي المحترف شركة تجارية ذات هدف رياضي يمكن أن يتخذ أحد أشكال الشركات التجارية الآتية:

- المؤسسة ذات الشخص الوحيد الرياضية ذات المسؤولية المحدودة.

- الشركة الرياضية ذات المسؤولية المحدودة.

- الشركة الرياضية ذات الأسهم." - وللتفصيل أكثر راجع المرسوم التنفيذي رقم 15-73 الذي يضبط الأحكام المطبقة على النادي الرياضي المحترف ويحدد القوانين الأساسية النموذجية للشركات الرياضية التجارية المؤرخ في 16 فيفري 2015، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 11، الصادر بتاريخ 25 فيفري 2015.

(4) عبد الحميد عثمان الحفني، المرجع السابق، ص 168.

(5) نظر: المادة 58 فقرة 01 و 02 من القانون رقم 05-13، السالف الذكر.

ذلك يرسل النادي الذي يرغب اللاعب في الانتقال إليه عقده مع هذا اللاعب مرفقا به موافقة النادي الأصلي للاتحاد الرياضي للمصادقة عليه وتسجيله⁽¹⁾.

يتضح من خلال ما سبق أن عملية الانتقال تستلزم بالضرورة موافقة الأطراف الثلاثة، النادي الأصلي للاعب والنادي الذي يرغب اللاعب الانتقال إليه، واللاعب. فالانتقال كما نصت على ذلك صراحة المادة 10 من لائحة الاحتراف الفرنسية لا يخرج عن كونه عملية قانونية، تستلزم موافقة الأطراف الثلاثة⁽²⁾. ومع ذلك هناك من لا يعتبر اللاعب طرفا في عقد الانتقال بحجة أن الطلب الذي يقدمه لأجل انتقاله من ناديه السابق إلى النادي الجديد، لا يعد إيجابا بل عرضا أو دعوة إلى التفاوض، ذلك لأن هذا اللاعب لا يبين في طلبه المقدار الذي يريده مقابل انتقاله و احترامه لمصلحة ناد آخر، فهو يقوم بتبليغ ناديه الأصلي عن رغبته في ترك هذا النادي و عدم تجديد عقده معه والانتقال إلى ناد آخر، ليقوم النادي بعرض عمل اللاعب على قائمة الانتقال، ثم تبدأ المفاوضات بين هذا النادي والنادي الذي يرغب في سحب اللاعب و تسجيله في سجلاته لذلك يمكن القول أن طرفي عقد الانتقال هما الناديان (نادي اللاعب الأصلي و النادي الجديد) أما موافقة اللاعب فهي شرط لنفاذ العقد وليست شرطا لانعقاده⁽³⁾، و لكن في اعتقادنا هذا الرأي غير صائب مائة بالمائة لأن عقد الانتقال يكون موقعا من طرف رئيسي الناديين الأصلي و الجديد و اللاعب و لا يعقل أن يجبر اللاعب على التوقيع لأن القول بخلاف ذلك يجعل من عقد الانتقال عقد إذعان وليس عقد رضائي وبالتالي سواء صدر الإيجاب من جانب أحد الناديين أو من جانب اللاعب، فإنه يستلزم دائما موافقة الأطراف الثلاثة شريطة أن يتم هذا الاتفاق، خلال الفترة المحددة لائحية للانتقال، و أن يتم تصديق الاتحاد الرياضي على هذا الاتفاق⁽⁴⁾.

واستنادا إلى ما سبق، فقد عرف بعض الفقهاء الفرنسيين الانتقال بوصفه عملية قانونية تتصل بثلاثة أشخاص مقيدة بقيود لائحية، بمقتضاها ينتقل اللاعب المحترف من ناديه الأصلي للعب في ناد آخر وتحت إشرافه ورقابته، وذلك لقاء مبلغ معين يدفعه النادي الجديد للنادي الأصلي⁽⁵⁾، ولكن في الحقيقة هذا التعريف ناقص فلم يوضح أن الانتقال عقد ولم يبين ضرورة اتفاق الأطراف على تحديد مقابل الانتقال ولم يذكر وجوب انتهاء عقد احتراف اللاعب مع ناديه الأصلي حتى يتسنى له الانتقال إلى النادي الجديد وإلا كان الانتقال شأنه شأن الإعارة، وعليه يمكن تعريف عقد الانتقال بأنه: "عقد يتفق بموجبه ناديين رياضيين على نقل لاعب رياضي من النادي الأول إلى الثاني، بموافقة ذلك اللاعب، وتحت إشراف اللوائح الصادرة عن الاتحاد الرياضي المعني، بحسب ما إذا كان العقد وطنيا أم دوليا، وذلك بعد انقضاء عقد احتراف اللاعب مع ناديه الأصلي بمقابل يتم الاتفاق عليه بين الناديين يلتزم النادي الجديد بدفعه لكل من اللاعب وناديه الأصلي"⁽⁶⁾، وبالتالي من خصائص هذا العقد أنه عقد غير مسمى كما أنه ملزم لجميع أطرافه وهو من عقود المعاوضة⁽⁷⁾.

تجدر الإشارة إلى أن القول بأن عملية الانتقال، تعد من العمليات القانونية ثلاثية الأشخاص، والتي يعبر فيها كل شخص عن إرادته، لا يعد في ذاته تحديدا للطبيعة القانونية لعملية الانتقال، لأن تحديد هذه الأخيرة يستوجب مقارنة عملية انتقال اللاعبين بغيرها من

(1) أنظر: المادة 14 من لائحة الاحتراف الفرنسية، والمادة 11 من لائحة الاحتراف السعودية، السالف في الذكر.

(2) عبد الحميد عثمان الحفني، المرجع السابق، ص 169.

(3) محمد سليمان الأحمد، الوجيز في العقود الرياضية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، بدون ذكر الطبعة، ص 102.

(4) هذا ما أكدته المادة 05 من قانون بطولة كرة القدم المحترفة الجزائري، طبعة 2015.

(5) Frédéric BUY, JEAN MICHEL MARMAYOU, DIDIER PORACCHIA, FABRIC RIZZO, droit du sport, librairie générale de droit et de jurisprudence, paris, 2006, p 735.

(6) محمد سليمان الأحمد، تنازع القوانين في العلاقات الرياضية نحو (قانون رياضي دولي خاص)، دار وائل للنشر، عمان، 2005، الطبعة الأولى، ص 38.

(7) للتفصيل أكثر حول تقسيمات العقود، - راجع: علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007، الطبعة السابعة، ص 11 وما يليها.

الأنظمة القانونية الثلاثية الأشخاص التي نص عليها القانون، وذلك لمعرفة، ما إذا كانت عملية انتقال اللاعبين، تدخل تحت أحد هذه الأنظمة، أم أنها تعد عملية قانونية ثلاثية مستقلة.

المبحث الثاني

عملية انتقال اللاعبين والأنظمة القانونية المشابهة لها.

إن مسألة التمييز بين عملية انتقال اللاعبين وبعض الأنظمة القانونية ثلاثية الأطراف المشابهة لها يعد من المسائل الأساسية التي ينبغي التركيز عليها، نظرا لأهميتها في تحديد أحكام كل نظام على حدى، ولذلك تبدو الفائدة من عرض موجز لبعض هذه الأنظمة فيما يلي:

المطلب الأول: انتقال اللاعب وانتقال الالتزام.

من الأنظمة التي تتصل بثلاثة أشخاص والتي يمكن أن تتشابه مع عملية انتقال اللاعبين، نجد: حوالة الحق وحوالة الدين، وهذا ما سنعالجه تباعا في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: انتقال اللاعب وحوالة الحق.

في حوالة الحق⁽¹⁾، يتفق الدائن مع أجنبي على أن يحول له حقه الذي في ذمة المدين، فيحل الأجنبي محل الدائن في هذا الحق نفسه بجميع مقوماته وخصائصه، ويسمى الدائن محيلا لأنه يحل الأجنبي بالحق الذي له على المدين، ويسمى الأجنبي وهو الدائن الجديد محالا له لأن الدائن أحاله بحقه، ويسمى المدين محالا عليه، لأن الدائن الأصلي أحال عليه الدائن الجديد وبالتالي فإن حوالة الحق هي اتفاق بين المحيل والمحال له على تحويل حق المحيل الذي في ذمة المحال عليه إلى المحال له⁽²⁾.

فالملاحظ من خلال ما سبق أن حوالة الحق تفترض وجود ثلاثة أشخاص. وهي بذلك تتشابه مع عملية انتقال اللاعب و فيما عدا ذلك فإن أوجه الاختلاف عديدة يكفي أن نشير إلى الفرق الجوهرية والمتمثل في أنه في حوالة الحق ينقل المحيل إلى المحال له نفس الحق الشخصي الذي كان له في مواجهة المحال عليه، و بالتالي ينتقل الحق بنفس صفاته و توابعه و ضماناته⁽³⁾، وهذا ما أكدته المادة 243 من القانون المدني الجزائري أما في عملية الانتقال فيفترض أن العلاقة بين النادي الأصلي و اللاعب قد انتهت، ثم يتدخل النادي الجديد، ويدفع للنادي الأصلي قيمة الانتقال و بعدها يقوم بإبرام عقد جديد مع اللاعب و هذا العقد الجديد تكون له صفات و ضمانات جديدة تختلف تماما عن تلك التي كانت في العقد القديم، يضاف إلى ذلك أن حوالة الحق تتم بالاتفاق بين شخصين هما المحيل والمحال له أي لا يتدخل المحال عليه في اتفاق الحوالة⁽⁴⁾، وذلك عكس عملية الانتقال التي لاحظنا فيما سبق أنها تتطلب الاتفاق بين ثلاثة أشخاص وهم النادي واللاعب.

الفرع الثاني: انتقال اللاعب وحوالة الدين.

(1) أنظر: في حوالة الحق المواد من 239 إلى 250، من الأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 مايو 2007.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث، نظرية الالتزام بوجه عام، الأوصاف - الحوالة - الانقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 1998، الطبعة الثالثة الجديدة، ص.442 و 447.

(3) محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، أحكام الالتزام، دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، 2010، بدون ذكر الطبعة، ص 268.

(4) أنظر: المادة 239 من الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم، السالف الذكر وللتفصيل أكثر -راجع: عبد القادر الفار، بشار عدنان ملكاوي، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، الطبعة السابعة عشر، ص 213 وما يليها.

حوالة الدين⁽¹⁾ هي اتفاق بين المدين وشخص آخر على أن يتحمل عنه الدين الذي في ذمته للدائن، فيحل هذا الشخص محل المدين في هذا الدين ذاته بكافة مقوماته وخصائصه وضمائنه ودفعه، ويسمى المدين الأصلي محيلا، ويسمى الشخص الآخر محالا عليه، ويسمى الدائن محالا⁽²⁾، وهنا أيضا ليس هنالك سوى وجه شبه واحد بين انتقال اللاعب وحوالة الدين هو افتراض وجود ثلاثة أشخاص في العلاقة أما الاختلاف البارز فيتمثل في أن الدين في حوالة الدين يحتفظ بنفس مقوماته وخصائصه وضمائنه ودفعه⁽³⁾ أما في انتقال اللاعب فيتربط على انتهاء الرابطة العقدية بين اللاعب والنادي الأصلي، انتهاء التزامات اللاعب اتجاه ناديه الأصلي لينشأ عقد جديد بين اللاعب والنادي الجديد ويرتب آثاره المتمثلة في توقيع التزامات تعاقدية على عاتق كلا الطرفين.

ولما كان العقد الذي ينشأ بين اللاعب والنادي الجديد عقد احترام ومن ثم فهو عقد عمل يحكمه القانون 90-11⁽⁴⁾ والقانون رقم 90-04⁽⁵⁾ وبالتالي تقع على عاتق اللاعب التزامات باعتباره عاملا وتقبلها التزامات أخرى تقع على عاتق النادي الجديد باعتباره رب العمل⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: انتقال اللاعب وبعض طرق انقضاء الالتزام ثلاثية الأطراف.

من الأنظمة القانونية ثلاثية الأشخاص والتي يمكن أن تتشابه فيها معطياتها مع مقومات عملية انتقال اللاعبين، نجد: التجديد والإنابة في الوفاء، وهذا ما ستعالجه تباعا في الفرعين التاليين.

الفرع الأول: انتقال اللاعب والتجديد.

التجديد هو تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق على انقضاء التزام قديم وإنشاء التزام جديد يحل محله، ويتميز عنه إما بتغيير الدين، وإما بتغيير المدين وإما بتغيير الدائن⁽⁷⁾، فالتجديد بالمعنى الموضح يشترط لصحة وجوده وتماحه وتحقيق آثاره القانونية أن يكون الالتزام الأصلي الطارئ عليه الاتفاق المشترك بالتعديل والتغيير موجودا وصحيحا لحظة الاتفاق على تجديده، ومعنى أن يكون موجودا أن لا يكون قد انقضى لأي سبب من أسباب انقضاء الالتزام كمرور الزمن أو الإبراء أو استحالة تنفيذه، فالالتزام الذي ينقضي قبل تجديده لا يجدد بعد ذلك، ومعنى أن يكون صحيحا أن لا يتضمن سببا من أسباب البطلان سواء كان هذا البطلان مطلقا أو نسبيا⁽⁸⁾، وهنا يظهر الاختلاف مع انتقال اللاعب لأن عملية الانتقال تشترط انقضاء العقد القديم الذي كان يجمع بين اللاعب والنادي الأصلي فالقول بغير ذلك يجعلنا أمام عملية الإعارة.

فلا يمكن للنادي الجديد أن يطالب النادي القديم بانتقال اللاعب إليه إذا كانت العلاقة لا تزال قائمة بين النادي الأصلي القديم واللاعب وبالتالي لا يمكننا بأي حال من الأحوال، النظر إلى عملية الانتقال على أنها بمثابة تجديد لعقد الاحتراف.

(1) راجع: المواد من 251 إلى 257 من نفس الأمر.

(2) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2006، بدون ذكر الطبعة، ص 401.

(3) راجع: المواد 254 و 256 من نفس الأمر.

(4) أنظر: القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، المؤرخ في 21 أبريل 1996، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 17، المؤرخة في 25 أبريل 1990.

(5) أنظر: القانون رقم 90-04 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية، المؤرخ في 6 فيفري 1990، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 06، المؤرخة في 07 فيفري 1990.

(6) للتفصيل أكثر راجع: أحمية سليمان، الوجيز في قانون علاقات العمل في التشريع الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2012، بدون ذكر الطبعة، ص 105 وما يليها.

(7) أنظر: المادة 287 من الأمر رقم 75-58، المعدل والمتمم، السالف الذكر.

(8) عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام، آثار الحق في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، الطبعة الثانية، ص 82.

الفرع الثاني: انتقال اللاعب والإنابة في الوفاء.

تتم الإنابة إذا حصل المدين على رضا الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكان المدين، ولا تقتضي الإنابة أن تكون هناك حتما مديونية سابقة بين المدين والغير⁽¹⁾. فالإنابة تصرف بمقتضاها يحصل المنيب (المدين) على رضا المناب لديه (الدائن) بشخص ثالث هو المناب، يلتزم بوفاء الدين مكان المدين.

ولذا تفترض ثلاثة أشخاص، هم المنيب و المناب إليه والمناب، و قد توجد الإنابة دون أن تكون هناك علاقة التزام سابقة بين المنيب و المناب، و الإنابة تفترض أن يكون المنيب مدينا للمناب لديه، لأنها من طرق انقضاء الالتزام⁽²⁾. فالملاحظ أن الإنابة في الوفاء تتشابه مع عملية انتقال اللاعب في أنه يلزم لإتمامها اتفاق أطراف ثلاثة و إلى هنا ينتهي التشابه بينهما، لأنه في الإنابة ينيب المدين شخصا أجنبيا للوفاء بدين في ذمته وذلك على خلاف عملية الانتقال فاللاعب لا ينيب النادي الجديد للوفاء بمقابل الانتقال لأن اللاعب ليس أصلا مدينا بدفع قيمة الانتقال ودليل ذلك أن اللاعب حتى وإن لم يتقدم أحد الأندية ويطلب انتقاله لديه وانتهت المدة التي تحددها اللوائح لبقاء اللاعب، رغم انتهاء عقده مع النادي القديم، فإن اللاعب يسترد حريته ولا يكون مدينا بمبلغ الانتقال للنادي القديم، يضاف إلى ما سبق أن الإنابة يفترض فيها أن العلاقة التعاقدية بين المنيب والمناب إليه ما زالت قائمة، في حين عملية الانتقال تتطلب انتهاء الرابطة التعاقدية بين اللاعب والنادي القديم.

في النهاية يمكن القول إن عملية انتقال اللاعبين هي من العمليات المتصلة بثلاثة أشخاص لذلك تعد قريبة الشبه بالأنظمة القانونية التي لها قواعد تشريعية خاصة بها والتي تتصل بثلاثة أشخاص كحوالة الحق وحوالة الدين، حوالة العقد والتجديد والإنابة في الوفاء، إلا أنه ومن خلال ما سبق نلاحظ أن وجه الشبه الوحيد بين عقود الانتقال وهذه الأنظمة هو فكرة ارتباطها بثلاثة أشخاص، وعند هذا الحد ينتهي التشابه بينهما.

خاتمة:

من خلال دراستنا لموضوع الأثر القانوني لانتقال اللاعبين بين الأندية الممارسة للاحتراف من مختلف الزوايا أي من الناحية الإدارية والبحثية ومن الناحية القانونية الصرفة، دراسة تحليلية ومقارنة بين لوائح احتراف بعض الدول الغربية والعربية اتضح لنا جليا أن عملية الانتقال لا تظهر إلا بعد انقضاء عقد العمل الذي يبرمه اللاعب المحترف مع ناديه وذلك أيا كان سبب الانقضاء كما أن الانتقال لا يكون إلا خلال الفترات التي تحددها لوائح الاحتراف.

ويضاف إلى ذلك أنه حتى وإن كانت الاتحادات الرياضية تملك سلطة فرض بعض القيود والإجراءات الإدارية والتنظيمية قصد تنظيم عملية الانتقال إلا أنها في نفس الوقت لا تستطيع تقييد حرية اللاعب وتلزمه بالبقاء في ناد معين، أو تفرض عليه الانتقال إلى ناد معين وهذا إن دل على شيء إنما يدل على إضفاء الطابع التعاقدي وتحسيد الإرادة وتضمنها في إطار عملية انتقال اللاعبين التي تعد من العمليات القانونية، التي تتصل بثلاثة أشخاص، (النادي الأصلي، النادي الجديد واللاعب) والتي لم ينظمها المشرع حتى في وقتنا الحاضر، فهي تتمتع بذاتية واستقلالية تميزها عن غيرها من العمليات القانونية ذات الأشخاص الثلاثة المنظمة تشريعا.

وعلى الرغم من إقرار الأغلبية بنجاعة قانون 13-05 المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها، إلا أنه لم ينظم عملية انتقال اللاعبين المحترفين من الناحية القانونية وهذا إن دل على شيء فإنه يدل على تأكيد الطابع الإداري والتنظيمي لهذه الأخيرة. وفي الأخير نأمل أن تتصل حلقات التطور حتى يكشف التطبيق العملي والتحليل النظري ذاتية واستقلالية هذا النظام.

(1) المادة 294 من نفس الأمر.

(2) محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 354.

الإجراءات المتبعة لتسجيل المنتجات الصيدلانية وفقا لقانون الصحة في الجزائر؛
(الأدوية الجينية نموذجاً).

**Procedures for the registration of pharmaceutical products
In accordance with the health act in Algeria,
Generic medicines as a model**

ط. د. بوخاري مصطفى أمين، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/07/25 / تاريخ المراجعة: 2018/11/21

ملخص :

تعتبر المنتجات الصيدلانية من أهم المواد التي حظيت باهتمام كبير من قبل التشريع الجزائري نظرا لارتباطها بالصحة العمومية، ولقد أوجب المشرع الجزائري إجراءات صارمة على هذه المواد خصوصا الأدوية حماية من جهة للاقتصاد الوطني بما فيه قطاع الصحة ومن جهة أخرى حماية المرضى من انتشار أدوية غير فعالة ، فتعتبر عملية التسجيل ضمانا تعطى للدواء تسمح بموجبه بتسويقه وتوزيعه دون وجود أي خطر يهدد حياة الأشخاص وهو إجراء يركز على خبرة تحليلية نص عليها القانون لتأكيد التركيبة النوعية والفعالية العلاجية لهذه المواد و تتم من قبل مخبر مختص أوكلت له مهام معينة و نوعية التحليل التي يقوم بها بالإضافة إلى تقديم ملف يحتوي على جميع الوثائق التي تثبت مضمونه لتحديد ضرورة قيد هذه المواد الصيدلانية في المدونة الوطنية للمنتجات الصيدلانية السماح بتوزيعها وتصريفها في المستشفيات و الصيدليات.

ويعتبر الدواء الجينيس مادة أساسية أصبحت الجزائر تركز عليها لتنمية قطاع الصحة والحفاظ على الحياة بتوسيع نطاق إنتاجه وتقليل عملية استيراده مع ضمان جودة عالية و فعالة تسمح بمعالجة الأمراض وهذا عن طريق تسجيله في المدونة وفقا لما تقتضيه مختلف القوانين المتعلقة بالصحة دون الإخلال بعملية الرقابة المستمرة على هذه المادة.

الكلمات المفتاحية:

الأدوية الجينية، خبرة صيدلانية، تسجيل، المدونة الوطنية، المخبر.

Abstract :

The Algerian legislator has imposed strict measures on these substances, especially medicines, which protect the national economy, including the health sector, and on the other hand, protect patients from the spread of non-commercial drugs. The registration process is a guarantee given to the drug that allows marketing and distribution without the existence of any threat to the lives of people and is based on the analytical experience stipulated by the law to confirm the quality structure and therapeutic effectiveness of these materials and is carried out by a specialized laboratory assigned to certain tasks and Yeh analysis carried out in addition to providing a file containing all the documents proving its content to determine the necessity under these pharmaceutical substances in the national code of pharmaceutical products and their distribution and discharged in hospitals and pharmacies.

It is considered a basic material that Algeria has become the basis for the development of the health sector and the preservation of life by expanding the scope of production and reduce the process of its import while ensuring high quality and effective treatment of diseases and this by registering in the code as required by various laws on health without prejudice to the process Continuous monitoring of this material.

Keywords:

generic drugs, pharmaceutical experience, registration, national code, the laboratory.

مقدمة:

لقد ضبط المشرع الجزائري المواد و المنتجات الصيدلانية على سبيل الحصر بموجب أحكام المواد 207 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة¹، كما وضع تعريفا محددا للدواء من خلال ذكر أنواعه بهدف تطبيق سياسة الاحتكار على تلك المواد وحصرها في فئة مهنية معينة للتعامل فيها دون البقية، ومن أجل الوصول إلى هذا الهدف لابد من اتخاذ إجراءات معينة تسمح بفرض رقابة مستمرة نذكر منها إجراءات التسجيل التي تخضع لها المواد الصيدلانية وخاصة الأدوية.

ويعتبر الدواء الجنيس من أهم المواد الصيدلانية التي تسعى الدول للحفاظ عليه نظرا لأهمية هذه المادة في الترقية بالصحة العمومية²، وعملية تسجيل الدواء الجنيس تعتبر من أهم الإجراءات التي يجب القيام بها حتى يتسنى تسويق هذه المادة في الصيدليات وتوزيعها في المستشفيات، وقد بين المرسوم التنفيذي رقم 92-284 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري هذه الإجراءات والخطوات اللازمة إتباعها وهو موضوع هذه الدراسة التي سنحاول من خلالها الإجابة عن الإشكالية التالية: ما هي الإجراءات الواجب إتباعها من أجل تسجيل المنتجات الصيدلانية ؟ وللإجابة عن هذا التساؤل قسمنا موضوعنا هذا إلى مبحثين، سنتعرض في المبحث الأول إلى الإجراءات السابقة لعملية التسجيل والواجب إتباعها فيما يتعلق بالخبرة والجهة المعنية بما ينمنا نتطرق في المبحث الثاني إلى المراحل التي تمر بها عملية التسجيل من حيث تقديم طلب والجهة المخولة لدراسته والنتائج المترتبة على ذلك.

المبحث الأول

الإجراءات السابقة لعملية تسجيل الدواء الجنيس

إن الجهات المسؤولة عن تسجيل الدواء الجنيس لا يمكن أن تقوم بعملها إلا بعد التأكد أن هذا الدواء يشتمل على العناصر والمكونات الفعالة، وأنه صالح لتصريفه للمرضى وتوافره في الصيدليات، وعليه يستوجب في البداية تبيان مضمون هذه الخبرة وكذا تحديد الجهات المخولة قانونا للقيام بها من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: إجراء خبرة على الدواء الجنيس

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى إجراء خبرة بالنسبة للدواء قبل تسجيله بموجب أحكام المادة 2/10 و المادة 11 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284³ المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، فتحليل الدواء الجنيس المستورد نصت عليه المادة 4 من الملحق المعلق بدفتر الشروط التقنية الخاصة باستيراد الدواء المدرج ضمن القرار المؤرخ في 2008/10/30 المحدد له والتي نصّت على: "يكون المستورد مسؤولا شخصيا على تطبيق القواعد المنصوص عليها في فائدة الصحة العمومية وعلى نوعية المنتجات

¹ - أنظر، قانون رقم 18-11 المؤرخ في 18 شوال 1439 الموافق 2 يوليو 2018 المتعلق بالصحة(ج ر ع 46 المؤرخة في 29 يوليو 2018).

² - ولقد تطرق المشرع الجزائري إلى الدواء الجنيس بموجب قانون الصحة الجديد رقم 18-11 في المادة 210/2 أين اعتبر اختصاص جنيس من اختصاص مرجعي كل دواء يتوفر على نفس التركيبة النوعية والكمية من المبدأ (المبادئ) الفاعل(الفاعلة) ونفس الشكل الصيدلاني والمتعاوض مع الاختصاص المرجعي نظرا لتكافئه البيولوجي المثبت بدراسات ملائمة للتوفر البيولوجي.

³ - أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 92-284 مؤرخ في 5 محرم عام 1413 الموافق 6 يوليو سنة 1992، يتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري. (ج ر ع 53 المؤرخة في 12 يوليو 1992).

الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستوردة التي يتم تسويقها ويجب عليه قبل عملية الجمركة إخضاعها لمراقبة المطابقة الضرورية لدى المخبر الوطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية قبل تسويقها للبيع بالجملة الموزعين دون المساس بمسؤولية الصيدلي التقني".

أما فيما يخص الإنتاج المحلي فإن المؤسسات المنتجة للدواء الجنيس يتولى صيدلي الإدارة التقنية لها ويسهر على تطبيق مجمع القواعد التقنية والإدارية والتي من بينها ما جاءت به المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 92-285¹ المتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها التي نصّت: "يمارس المدير التقني في حالة مؤسسة للإنتاج على الخصوص المهام الآتية:

- يوقع على طلبات تسجيل المنتج، بعد الإطلاع على تقارير الخبرة.
- يتأكد من أن كل حصة من المواد قد صنعت و تمت مراقبتها وفق متطلبات النوعية المقررة للتسجيل وطبقا لأحكام المرسوم رقم 92-65 المؤرخ في 12 فبراير 1992 المذكور أعلاه المتعلق بمراقبة المواد المنتجة محليا أو المستورد". وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 92-65² المتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة في المادة الأولى الفقرة الثانية منه نجد أنها تنص على أنه: "يهدف تحليل الجودة ومراقبة المطابقة إلى إثبات أن المادة المنتجة محليا أو المستوردة تطابق المقاييس المعتمدة و/أو المواصفات القانونية والتنظيمية التي تهمها..."، ومنه نستنتج أن عملية تحليل الدواء الجنيس تعتبر من أهم العمليات التي يجب أن يتم القيام بها قبل تسجيله، وتكون هذه الخبرة والتحليل كما يلي:

الفرع الأول: المقصود بالخبرة.

تطرق أحكام المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب إلى تعريف الخبرة الواقعة على الدواء الجنيس للتأكد من مطابقته وجودته ومدى صحة تناوله، التي اعتبرت أن الخبرة هي إجراء دراسات واختبارات قصد التحقق من أن لهذا الدواء يشتمل حقا على ما ذكر من مركبات، وخصائص في الملف التقني والعلمي المقدم للتسجيل. وفيما يخص الخبرة الواقعة على الأدوية المراد تسجيلها فإنه صدر قرار عن وزارة الصحة بتاريخ 25 جوان 2005 المتضمن الإجراءات والهدف ومراحل المتعلقة بالخبرة الواقعة على المواد الصيدلانية المقرر تسجيلها.³ يبين مراحل وكذا الشروط الواجب إتباعها عند تحليل الأدوية المراد تسجيلها بالإضافة إلى الجهة المخول لها القيام بتلك العملية .

الفرع الثاني: مراحل إجراء الخبرة

بالرجوع إلى أحكام المادة 12/2 المذكورة أعلاه نجد أنها تنص على أنه: "يشمل إجراء الخبرة على أي منتج صيدلاني أربع مراحل:

- دراسة الملف العلمي والتقني و تقييمه.
- اختبارات فيزيائية كيميائية و جرثومية مجهرية وبيولوجية عند الاقتضاء.
- اختبارات عقاقيرية وسمامية.
- اختبارات طبية علاجية "

¹ - أنظر، مرسوم التنفيذي رقم 92-285 مؤرخ في 5 محرم 1413 الموافق ل 6 يوليو 1992 يتعلق برخص استغلال مؤسسة لإنتاج المنتجات الصيدلانية و/أو توزيعها، (ج ر ع 53 المؤرخة 12 يوليو 1992).

² - أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 92-65 المؤرخ في 8 شعبان 1412 الموافق 12 فبراير 1992 المتعلق بمراقبة مطابقة المواد المنتجة محليا أو المستوردة ، (ج ر ع 13 المؤرخة في 19/02/1992).

³ - Voir , Bulletin Officiel du Ministère de la Santé , de la population et de la réforme hospitalière , N 20 , 1 semestre 2005 , p 11.

إلا أن أحكام هذه المادة تطبق على أي دواء يراد تسجيله لكن بالنسبة للدواء الجنيس فإن المشرع و فيما يخص الخبرة المتعلقة به فإنه جاء باستثناء بموجب أحكام المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 أين أعفاه من بعض التحاليل التي يخضع لها أي دواء حتى يمكن تسجيله أين نصت المادة 13 على: " تعفى المنتوجات الصيدلانية النوعية من الاختبارات العقاقيرية والسامة والطبية العلاجية المنصوص عليها أعلاه، تكون الإختبارات الفيزيائية وكذلك الجرثومية المجهرية أو البيولوجية عند الاقتضاء واختبارات الخلو من الضرر إجبارية في جميع الحالات بالنسبة إلى هذا الصنف من المنتوجات".

وعليه، فإن الدواء الجنيس حتى يتم قيده لابد من إجراء خبرة دقيقة أين هذه الأخيرة تمر بمرحلتين المذكورة ونبينها كما يلي:

- الملف العلمي والتقني للدواء الجنيس هو ملف يشتمل على مجموعة من الوثائق يحددها الوزير المكلف بالصحة و يدفعها طالب تسجيل الدواء الجنيس، حيث تتكون هذه الوثائق من معطيات تتعلق بطريقة صنع الدواء الجنيس وتوضيحه وأشكال المراقبة المطبقة عليه من مراقبة فيزيائية كيميائية ومراقبة بيولوجية، وهي عمليات تتم عند الانتهاء من تسجيله كما يشتمل الملف مجموعة من الوثائق العلمية الأخرى وهي عبارة عن معطيات يتم استنتاجها بعد إجراء بعض التحاليل و المتعلقة بالجراثيم المجهرية وكذلك معطيات عقاقيرية وسامة ومعطيات طبية علاجية، أين تطرح هذه الوثائق إلى اللجنة الوطنية للمدونة والتي تقوم بدراسة الملف وتعطي تقييما له، بعد دراسة الملف وتقييمه تقوم اللجنة بواسطة مجموعة من الخبراء بأخذ عينة من الدواء الجنيس بطريقة عشوائية من أجل القيام ببعض التجارب التي نصت عليها المادة 12/ 2 المذكورة أعلاه .

- هذه التجارب التي تجرى على الدواء الجنيس تعتبر تحليل تساعد على التعرف على التركيب الكيميائي لهذا الدواء ومكوناته الأساسية وإن كانت تلك التركيبات ستؤدي المهام المنتظر منها بعد جمعها كدواء .بالإضافة إلى التأكد من فعالية هذا الدواء في علاج الأمراض معدة له، وما يمكن ملاحظته أن المشرع أعفى الدواء الجنيس من تحاليل تخص اختبارات عقاقيرية وسامة بالإضافة إلى اختبارات طبية علاجية واكتفى فقط بدراسة الملف العلمي التقني وإجراء اختبارات فيزيائية كيميائية وجرثومية مجهرية وبيولوجية عند الاقتضاء، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى:

السبب الأول: أن هذه التحاليل الواجب القيام بها على الدواء الجنيس تعتبر تحاليل بالغة الأهمية، وأن الدواء الجنيس قد يحدث له تغييرات في تكوينه بين مدة التحليل والتسجيل مما يجب القيام بتلك التحاليل لضمان جودة الدواء الجنيس.

السبب الثاني: يرجع إلى أن التحاليل المستبعدة تركز على التعرف على مكونات و تركيبات الدواء الجنيس التي يتم مزجها فيما بينها للحصول على الدواء، وما أن الدواء الجنيس يصنع في مؤسسات وطنية فإن الرقابة على هذه العمليات تكون مستمرة وبالتالي لا حاجة للقيام بتلك التحاليل كون أن الجهات المعنية ضمنت مسبقا احترامها.

لكن المشرع الجزائري لم يعممها على كل الأدوية الجنيسة بل أكرم بموجب أحكام المادة 13/3 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 المنتوجات ذات فهرس علاجي ضيق أو تطرح مشاكل عويصة من حيث قابلية تجهيزها البيولوجي أو ذات خصائص عقارية حركية متميزة على إقامة الدليل على مدى تكافئ المستحضر موضوع طلب التسجيل في الجسم الحي مع المستحضر المعروض في السوق.

إلا أن الإشكال الذي قد يطرح هو حول مدى إعفاء الأدوية الجنيسة المستوردة من تلك التحاليل أين يتم الاكتفاء فقط بجزء منها دون بقية التحاليل.

وبالرجوع إلى القرار رقم 116 المؤرخ 5 ديسمبر 1996 المتضمن شروط تسجيل الأدوية الجنيسة خصوصا المادة 2 منه نجد أن هذه الأخيرة تضمن مختلف الوثائق الواجب توافرها في الملف لقبوله، ومن بين الشروط هو وجود ترخيص من أجل الإنتاج والتوزيع يتم تحريره من قبل السلطات المختصة في الدولة المصنعة للدواء الجنيس بالإضافة إلى الترخيص بتوزيعه في البلد المنتج له، إلا أنه لم يتم التطرق إلى التحاليل الواجب إجراؤها عليه مما يجعل القول أنه يجب الرجوع إلى الأحكام المتعلقة بالتحاليل المقامة على الدواء المنتج محليا.

كما أكدت المادة 38 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 أن مقرر التسجيل فيما يخص المنتجات الصيدلانية المستوردة مشفوعا بوجود إثبات صاحبه تنفيذ المراقبة الفيزيائية الكيماوية لكل حصة مستوردة و المراقبة المجهرية الجرثومية أو البيولوجية عند الاقتضاء، حسب المقاييس والطرق المطلوبة لرخصة عرض المنتج في السوق.

وفي رأينا أن هذا الاستثناء الذي جاءت به المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 تخص فقط الأدوية الجينية المنتجة محليا نظرا لضمان تصنيعها بوجود رقابة صارمة تسهل عليها الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، أما الأدوية الجينية المستوردة فنظرا للشروط الواجب توافرها للسماح باستيرادها وتسجيلها في قائمة الأدوية، فإنه يجب أن تخضع إلى نفس التحاليل التي يجب أن يخضع لها أي دواء ولا يستثنى أي تحليل كون من جهة أنها تصنع في بلد أجنبي، ومن جهة أخرى لا توجد رقابة من قبل الجهات المستوردة له على طريقة التصنيع ولا على مراحلها مما قد يسبب خطرا على الصحة العامة، وعليه فإن إجراء تحاليل تتعلق بعقاقير وسامة الدواء الجينيس واختبارات طبية علاجية أمر ضروري لضمان حماية الصحة العامة و سلامة و جودة الدواء الجينيس.

المطلب الثاني: المعايير المعتمد عليها لإجراء الخبرة على الأدوية.

لقد بين المشرع الجزائري الجهة المختصة بإجراء التحاليل اللازمة على العينة المأخوذة من الأدوية الجينية بهدف القول إن كانت تصلح لعملية التسجيل في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية كما بين مصير النتائج المتحصل عليها.

الفرع الأول: المخبر المختص لإجراء الخبرة على الأدوية الجينية.

لقد تطرق المشرع الجزائري إلى الجهة المخول لها تحليل و إجراء الخبرة للدواء الجينيس بموجب المرسوم التنفيذي رقم 93-140 المؤرخ في 14 يونيو 1993 المتضمن إنشاء مخبر وطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية وتنظيمه (LNCPP).² وهذه الجهة تسمى بالمخبر الوطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية وفي غالب الأحيان يشار إليه في القوانين التي لها علاقة بالدواء والمواد الصيدلانية بـ "المخبر" وهذا الأخير يتمتع بالشخصية المعنوية واستقلال مالي ويوضع تحت وصاية الوزير المكلف بالصحة و يوجد مقره في مدينة الجزائر و يمكن تحويله إلى أي مكان آخر من التراب الوطني بموجب مرسوم خاص بذلك باقتراح من الوزير ، و له عدة ملحقات في كامل التراب الوطني، وتسند له عدة مهام يؤهل من أجلها مثل إبرام اتفاقيات و عقود مع مؤسسات وإدارات أو هيئات لأداء الخبرة، يقدم خدمات في مجال التكوين، كما يؤهل لإبرام اتفاقيات تعاون مع الهيئات الأجنبية المماثلة و مع المنظمات الدولية³.

ولقد أكدت المادة 03 من هذا المرسوم على هذه المهمة المخولة له بنصها: " تتمثل مهمة المخبر في مراقبة نوعية المنتجات الصيدلانية وخبرتها مثلما هو محدد في المواد 169 و 170 و 171 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 16 فبراير 1985 والمذكور أعلاه". وبينت المادة 4/ 6 من نفس المرسوم أن من بين المهام العامة الموكلة إليه وفقا لما جاء في المادة 03 منه أنه: "يراقب انعدام الضرر في المنتجات الصيدلانية وفعاليتها ونوعيتها"⁴.

إلا أن هذا المخبر أصبح يشاركه في هذه المهمة الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية والمسماة بالوكالة وهي جهاز أستحدث بموجب المواد 223 وما بعدها من قانون الصحة رقم 18-11، لكن بالنسبة إلى مهامه فإن القانون يحيل إلى التنظيم المعمول به من أجل توسع

¹ - أنظر المرسوم التنفيذي رقم 93-140 المؤرخ في 24 ذي الحجة 1413 الموافق 14 يونيو 1993 يتضمن إنشاء مخبر وطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية وتنظيمه وعمله ، (ج ر ع 41 المؤرخة في 20 يونيو 1993).

² - LNCPP : le laboratoire national de contrôle des produit pharmaceutique.

³ - أنظر المواد 01 - 02 - 05 - 06 من المرسوم التنفيذي رقم 93-140 المبين أعلاه.

⁴ - هنا يجب الانتباه على أن هذا المرسوم و لحد الساعة لم يتم تعديله من أجل أن يكون متوازنا مع قانون الصحة الجديد إذ سيتم الملاحظة أن المادة 3 تحيلنا إلى مواد من قانون حماية الصحة و ترقيتها القديم و الذي تم إلغاؤه كليا و عليه لتطبيق هذه المادة من المرسوم يجب الرجوع إلى أحكام قانون الصحة الجديد في حالة الإحالة .

أكثر في طبيعة الوظيفة المخولة له. كما حدد المرسوم التنفيذي رقم 15-308¹ المؤرخ في 6 ديسمبر 2015 مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري وتنظيمها وسيرها وكذا القانون الأساسي لمستخدميها، وبالرجوع إلى الأجهزة المكونة لها وإلى المهام المسندة إليها نجد أنها تلعب دورا أساسيا في الخبرة التي يتم إجراؤها على الدواء الجنيس.

فقد أكدت المادة 225 من قانون رقم 18-11 المتعلق بالصحة أن الوكالة تضمن على الخصوص مهمة خدمة عمومية في مجال تسجيل المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية ذات الاستعمال البشري والمصادقة عليها ومراقبتها. كما أن هذه الوكالة تتضمن عدة لجان تساهم في ترقية الصحة العامة وتنظيم ومراقبة و تسجيل الأدوية وهذه اللجان ينظمها المرسوم التنفيذي رقم 15-309² المؤرخ في 24 صفر 1437 الموافق 6 ديسمبر 2015 يتضمن مهام اللجان المتخصصة المنشأة لدى الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري وتشكيلها وتنظيمها، وفي بعض الحالات تكلف مهمة تحليل الأدوية بما فيها الدواء الجنيس إلى مخابر خاصة، نظرا لما يمتلكه من معدات متقدمة قد لا تحوزها المخابر التابعة للقطاع العام، كما قد تسند لهم للحصول إلى نتائج ثانية لمقارنتها مع الأولى³.

بالإضافة إلى ذلك وضع المشرع الجزائري شبكة مخابر التجارب والتحليل النوعية وتنظيمها وسيرها بموجب المرسوم التنفيذي⁴ رقم 96-355 المؤرخ في 19 أكتوبر 1996 و تدعى في صلب النص ب"الشبكة" "RELEA" و تتمثل مهمتها هذه الشبكة أساسا ووفقا لأحكام المادة 2 من هذا المرسوم التنفيذي :

- تساهم في تنظيم مخابر التحليل و مراقبة النوعية و في تطويرها.
 - تشارك في إعداد سياسة حماية الاقتصاد الوطني و البيئة وأمن المستهلك و في تنفيذها.
 - تطور كل عملية من شأنها أن ترقى نوعية السلع و الخدمات وتحسين نوعية خدمات مخابر التجارب وتحليل الجودة.
 - تنظم المنظومة المعلوماتية عن نشاطات الشبكة والمخابر التابعة لها.
- كما أن هذه الشبكة تتكون خاصة من عدة مخابر تابعة لمختلف الوزارات مثل الدفاع الوطني ووزارة الصحة والإسكان ووزارة المالية ... الخ (الرجوع إلى المادة 4 من المرسوم) وهذا يبين سهر المشرع إلى التنسيق الفعال بين كل الوزارات وكل المخابر التي تشملها كما أن هذا المرسوم سمح لهذه الشبكة بالتنسيق بين مختلف المخابر التي تتكون منها وهذا بهدف التحكم الأفضل في تقنيات التحليل والتجارب (المادة 8 من هذا المرسوم).

أما فيما يخص عملية الخبرة التي تجرى على الدواء الجنيس تسند إلى خبراء أو هيئات يعتمدها الوزير المكلف بالصحة، وتضبط قائمة الخبراء والهيئات المعتمدين بمقرر من الوزير، ويشترط فيهم ألا تكون لهم أية منفعة مباشرة أو غير مباشرة، ولو عن طريق شخص وسيط في إنتاج الأدوية موضوع خبراتهم أو تقييماتهم أو في تسويقها وعليهم أن يوقعوا لهذا الغرض تعهدا بالشرف عند كل عملية إجراء خبرة أو تقييم.

¹ - أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 15-308 المؤرخ في 24 صفر 1437 الموافق 6 ديسمبر 2015 يحدد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري وتنظيمها وسيرها وكذا القانون الأساسي لمستخدميها. (ج ر ع 67 المؤرخ في 20 ديسمبر 2015).

² - أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 15-309 المؤرخ في 24 صفر 1437 الموافق 6 ديسمبر 2015 يتضمن مهام اللجان المتخصصة المنشأة لدى الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري (ج ر ع 67 المؤرخة في 20 ديسمبر 2015).

³ - Voir , Hannouz Mourad , Khadir Mohammed , éléments de droit pharmaceutique à l'usage des professionnels de la pharmacie et de droit , office des publications universitaires , 2000 , p 74.

⁴ - أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 96-355 المؤرخ في 6 جمادى الثانية 1417 الموافق 19 أكتوبر 1996 المتضمن إنشاء شبكة مخابر التجارب والتحليل النوعية وتنظيمها وسيرها، (ج ر ع 62 المؤرخة في 20 أكتوبر 1996).

أما فيما يخص الخبراء فقد تم تحديد قائمة تشملهم بموجب قرار رقم 24 المؤرخ في 14 جوان 2005¹ المتضمن تحديد قائمة اسمية للخبراء من أجل تسجيل المواد الصيدلانية ذات الاستعمال البشري ، أين أدرج ضمن هذا القرار ملحق يشتمل على قائمة من الخبراء مصنّفين حسب مختلف التخصصات الطبية المعروفة.

الفرع الثاني: تقييم نتائج الخبرة المتحصل عليها.

لقد أكدت المادة 21 من المرسوم التنفيذي 92-284 أنها تتولى تقييم النتائج و التقارير المتعلقة بنتائج الخبرة التي تضمنتها حول الدواء الجنيس، وتقرير الخبرة يشتمل على نتيجتين أساسيتين هما:

- في حالة ما إذا كانت نتائج الخبرة إيجابية يعد تقريراً مفصلاً عن ذلك، ويتم عرضه على الوزير الملّكف بالصحة لاتخاذ مقرر التسجيل الذي يصدره خلال مهلة 120 يوم من تاريخ إيداع الملف، ويمكن تمديد الفترة ب 90 يوم في حالات استثنائية ويعلق العمل بهذه المهلة إذا صدر أمر بإجراء الخبرة أو طلب من صاحبه توضيحات². قد تكون النتائج التي جاءت بها الخبرة سلبية في ما يخص سلامة الدواء الجنيس، فهنا في هذه الحالة يرفض تسجيل هذا الدواء و يمنع تسويقه وتصريفه للمرضى، ولقد أكدت المادة 23 من المرسوم التنفيذي على الحالات التي يرفض فيها التسجيل نتيجة للخبرة نذكر منها:
- أن الدواء الجنيس ضار في ظروف استعماله العادية.
- أن الأثر العلاجي المرجو من هذا الدواء غائب.
- أن الدواء الجنيس لا يشتمل على التركيب النوعي و الكمي المصرح به.
- أن أساليب إنتاج الدواء الجنيس أو مراقبته لا تسمح بضمان الجودة³.

المبحث الثاني

مراحل تسجيل الدواء الجنيس

تعتبر عملية تحليل الدواء الجنيس من أهم المراحل الواجب إتباعها لتسجيله، وهي تؤكد أن ما سيتم طرحه للتصريف في الصيدليات أو تقديمه في المستشفيات والمراكز الصحية ذو ضمانات مؤكدة و جودة عالية، إلا أن التحليل وحده لا يكفي حتى يمكن تقديم الدواء الجنيس للمريض وإنما يجب مواصلة المراحل المتبقية للتسجيل والتي هي كثيرة منها إجرائية بنسبة كبيرة، كما أن طرح الدواء الجنيس أمام هيئات مختصة لتسجيله يرتب نتائج و آثار نبينها كما يلي:

المطلب الأول: إجراءات تسجيل الدواء الجنيس.

سواء تعلق بالدواء الجنيس المنتج محلياً أو المستورد فإنه على المشرف عليه سواء كان المنتج أو المستورد أن يقدم طلب تسجيل هذا الدواء الجنيس إلى وزارة الصحة المتكون من استمارة خاصة ووثائق تتعلق بالجانب العلمي والتقني ترفق معها⁴، وإن عملية قيد تسجيل الدواء الجنيس تتطلب تكوين ملف نص عليه القانون والواجب توافر كل وثائقه بالإضافة إلى الهيئة التي يقدم إليها طلب تسجيل الدواء الجنيس.

الفرع الأول: ملف تسجيل الدواء الجنيس.

¹ -Voir , Bullrtin Officiel de la Santé , op . cit , 1 semestre 2005 , p12.

² - أنظر المادة 21 -22 المرسوم 92-284 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

³ - أنظر المادة 23 من المرسوم 92-284 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

⁴ -Voir , Hannouz mourad , Khadir Mohammed , op.cit , p31 .

لقد أكدت المادة 2 من القرار رقم 116 الصادر بتاريخ 5 ديسمبر 1996 عن وزارة الصحة و الإسكان¹ المتضمن شروط تسجيل الدواء الجينيس على أن هذه العملية تستوجب طرح ملف يشتمل على وثائق معينة ، كما أكدت أن الدواء المعني بموجب هذا المرسوم هو الدواء الجينيس الوارد مفهومه بناء على أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري (المادة 1 من القرار رقم 116 المذكور أعلاه). وعليه فإن ملف تسجيل الدواء الجينيس يستوجب توافر ما يلي:

- استمارة A وهي استمارة موجودة على مستوى وزارة الصحة و الإسكان يتم استخراجها و ملؤها، وهي ولقد تم تنظيمها بموجب القرار رقم 41 المؤرخ في 8 جوان 1995 المتضمن الطرق الإدارية لتسجيل الأدوية المستعملة في الطب البشري وهذه الاستمارة تشتمل على طلب معلومات شخصية حول طالب تسجيل الدواء الجينيس ومعلومات حول المؤسسة المنتجة لهذا الدواء الجينيس، ومعلومات حول الدواء الجينيس في حد ذاته وهي معلومات تتعلق بالاسم والتخصص والشكل والوزن، طريقة ودواعي الاستعمال بالإضافة إلى معلومات أخرى تخص الدواء الجينيس، أين يقوم طالب تسجيل الدواء الجينيس بعد ملئ الاستمارة بالتوقيع و وضع التاريخ، مع وجوب احترام ملاحظة واردة في آخر الاستمارة وهي المصادقة على هذه الاستمارة من قبل مصالح القنصلية للدبلوماسية الجزائرية في البلد المصدر للدواء الجينيس، إلا أن هذه المصادقة تكون فقط بالنسبة للدواء الجينيس المستورد فقط.

كما ألزم القرار أن تلحق هذه الاستمارة بثلاث ملحقات، يتضمن الملحق الأول التنظيم الإداري للدواء الجينيس أين يشتمل على الشكل ومكوناته مع إدراج ترخيص تسويقه في البلد المنتج والبلدان الأخرى التي يسوق فيها إن كان الدواء الجينيس مستورد بالإضافة إلى أخذ 10 عينات لإجراء تحاليل عليها كل تحليل يخص نتيجة معينة، الملحق الثاني يشمل خصيصا شكل وتركيب الدواء الجينيس، الملحق الثالث يشتمل على إجراءات صناعة الدواء الجينيس ولإجراءات الرقابة المرفقة له.

كما أضاف القرار رقم 41 المؤرخ في 1995/06/08 استمارة B وهي نفسها الاستمارة A من حيث المعلومات إلا أنها تتعلق بالأدوية الجديدة المسجلة في المدونة الوطنية للمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري² بالإضافة إلى أنها تشتمل على ملحق رابع مع الملحقات الثلاث المبينة أعلاه يتضمن معلومات خاصة مضافة إلى المعلومات العامة حول الدواء الجينيس.

- ترخيص لإنتاج واستغلال الدواء الجينيس محرر من قبل الجهات الصحية المختصة للبلد المنتج لهذا الدواء الجينيس.
- شهادة تثبت أن هذا الدواء الجينيس يباع أو يجري بيعه في البلد المنتج له.
- الترخيص من البلد المنتج لهذا الدواء الجينيس يسمح باستيراده.

¹ - مضمون المادة رقم 2 من القرار رقم 116 المؤرخ في 1996/12/5 المتضمن شروط تسجيل الأدوية الجينية الصادر عن وزارة الصحة و الإسكان:

"le dossier de demande d'enregistrement des médicaments générique comprend les pièces suivantes :

- formulaire A de demande d'autorisation d'enregistrement tel que défini par l'arrêté n41 du 8/6/1995 susvisé.
- autorisation de production ou d'exploitation délivrée à l'établissement par les autorités compétentes du pays d'origine.
- le certificat de libre vente ou de vente courante dans le pays d'origine.
- autorisation d'exportation délivrée par les autorités sanitaires du pays d'origine.
- la quittance de paiement des droit d'enregistrement.
- le prix départ usine hors taxes agréé par les autorités compétentes.
- une pièce justificative du prix de gros hors taxes agréé par les autorités compétentes dans le pays d'origine au moment du dépôt du dossier.
- la proposition du prix public (P.P.A).
- une note d'intérêt économique et thérapeutique faisant ressortir l'amélioration du service médical rendu."

² - انظر، المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 التي تضمن أحكام المدونة الوطنية للمنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

- وصل دفع مستحقات التسجيل ، وهي مجموعة من الرسوم يتم دفعها كحقوق التسجيل وقد نص عليها المرسوم التنفيذي رقم 06-153 المؤرخ في 7 مايو 2006 المتضمن كيفية تسديد وتخصيص الرسم على تسجيل المنتجات الصيدلانية ومراقبتها. وقد حددت المادة 2 من هذا المرسوم أسعار الرسم والتي هي كما يلي:
- مراقبة كمية المنتوجات الصيدلانية 4000 دج
- مراقبة وخبرة المنتوجات الخاضعة للتسجيل 10000 دج.
- تحليل ومراقبة المواد الأولية للمنتوجات الخاضعة للتسجيل 5000 دج.
- وأكد هذا المرسوم التنفيذي أن هذه الرسوم تذهب 50% منها لفائدة ميزانية الدولة و 50% المتبقية تذهب لفائدة المخبر الوطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية، ويسدد الرسم لدى الخزينة المركزية بالجزائر على أساس سند تحصيل واحد يسلمه الأمر بصرف ميزانية المخبر الوطني لمراقبة المنتجات الصيدلانية و يلحق نموذج منه بهذا الرسم².
- شهادة تبين سعر الدواء الجنييس عند خروجه من المؤسسة المصنعة له خالي من الضرائب تسلمه السلطات المختصة.
- وثيقة أو مذكرة تفسيرية لسعر الدواء الجنييس بالجملة خالي من الضرائب في البلد المنتج له و هذا عند تاريخ تقديم ملفه للتسجيل.
- مقترح لسعر الدواء الجنييس في الجزائر.
- وثيقة أو مذكرة اقتصادية علاجية تبرز مدى تحسين ما قدمه المنتج من خدمة طبية.
- بالإضافة إلى ذلك يجب طرح شهادة عن المعهد الوطني الجزائري للملكية الصناعية INAPI تتضمن تسمية الدواء الجنييس، ذلك أن التسمية التجارية يجب أن تختار بطريقة يتم بموجبها تفادي الخلط مع المواد الصيدلانية الأخرى و تجنب أي خطأ يشمل الجودة أو تركيبات التخصيص في المادة³.

الفرع الثاني: الجهة المعنية بتسجيل الدواء الجنييس.

- لقد أكدت المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 على الجهة التي يقدم إليها طلب تسجيل الدواء الجنييس والتي نصت على: " يجب أن يوجه كل طلب تسجيل إلى الوزير المكلف بالصحة في مطبوع معد لهذا الغرض مصحوبا بملف تلخيصي، تذكر فيه المعطيات الفيزيائية الكيماوية العقاقيرية كما تذكر فيه عند الاقتضاء معطيات المنتج الجرثومية المجهرية والسماحية والطبية العلاجية مرفوقا بمذكرة اقتصادية علاجية تبرز على الخصوص مدى تحسين ما قدمه المنتج من خدمة طبية وبعشر عينات من النموذج المعروض للبيع.
- يسلم وصل للطالب.
- تحدد بنية المطبوع و تركيبة الملف التلخيصي بقرار من الوزير المكلف بالصحة ".
- إلا أنه في السابق كانت اللجنة الوطنية للمدونة تتولى تقييم النتائج والتقارير حول الملف المطروح المتعلق بالدواء الجنييس وتنتهي دراستها باقتراح تعرضه على الوزير المكلف بالصحة وهو ما أكدته المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284، إلا أنه بموجب قانون الصحة الحالي فإن هذه المهمة أوكلها المشرع الجزائري للوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري أين كلفت بعدة مهام أهمها تسجيل الأدوية والمصادقة على المواد الصيدلانية و المستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري.

¹ - أنظر، المرسوم التنفيذي رقم 06-153 المؤرخ في 9 ربيع الثاني 1427 الموافق 7 مايو 2006 يحدد كيفية تسديد وتخصيص الرسم على تسجيل المنتوجات الصيدلانية ومراقبتها (ج ر ع 30 المؤرخة في 10 / 05 / 2006).

² - أنظر المادة 02 و المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 06-153.

³ - Voir , Mira Faiza , Enregistrement d'un médicament générique fabriqué en algérie (aspects technique-réglementaires du contrôle de qualité) , thèse de master en pharmacie industrielle , faculté de technologie université Abou Bekr Belkaid de Tlemcen , 2014 , p 17.

وهو نفس المحتوى الذي تضمنته المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 15-308 الذي يحدد مهام الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري و تنظيمها وسيورها¹ وكذا القانون الأساسي لمستخدميها أين أكدت تولى الوكالة تسجيل الأدوية بما فيها الأدوية الجنيسة. وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 15-309 المتضمن مهام اللجان المتخصصة المنشأة لدى الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري و تشكيلها وتنظيمها وسيورها نجد أن لجنة تسجيل الدواء لها مهمة واحدة نص عليها المرسوم المين أعلاه بموجب أحكام المادة 3 منه التي نصت على:

" تكلف لجنة تسجيل الأدوية بإدلاء برأيها على الخصوص فيما يأتي:

- ملفات طلبات التسجيل وطلبات التراخيص المؤقتة لاستعمال الأدوية.

- تعديل مقررات التسجيل وتحديداتها.

- سحب مقررات التسجيل أو التنازل عنها أو توقيفها المؤقت "

كما توجد على مستوى وزارة الصحة مديرية الصيدلة والتي تكلف بالعديد من المهام أهمها تحديد الحاجات إلى المنتجات الصيدلانية ، تقويم سوق الدواء و متابعته ، تقويم استهلاك الأدوية، المساهمة في ترقية الاستثمارات في المنتجات الصيدلانية، السهر على تسجيل المنتجات الصيدلانية ومراقبتها وسلامتها، وهذه المديرية بدورها تتكون من أربع مديريات فرعية والتي تهمنا هي المديرية الفرعية للتسجيل والتي أكدت عليها أحكام المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 05-428² المتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الصحة والسكان وإصلاح المستشفيات التي نصت على:

" المديرية الفرعية للتسجيل ، وتكلف بما يأتي:

- إعداد مدونة المنتجات الصيدلانية وتحيينها الدوري.

- الإشراف على التجارب العيادية للأدوية والتصديق عليها.

- تسجيل المنتجات الصيدلانية "

وكاستثناء هناك حالات خاصة يعفى منها الدواء من عملية التسجيل، وهي حالة خاصة أكدت عليها المادة 233 من قانون الصحة التي نصت على: " يمكن الوزير المكلف بالصحة وبعد رأي الوكالة الوطنية للمواد الصيدلانية، أن يسلم ترخيصا مؤقتا لاستعمال أدوية غير مسجلة عندما توصف هذه الأدوية في إطار التكفل بأمراض خطيرة ولا يوجد علاج معادل لها على التراب الوطني ولديها منفعة علاجية مثبتة. تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم "

وعليه، فإن عملية تسجيل الدواء قد تستثنى في حالات معينة أين عملية تسجيل الدواء لا تكون إلزامية لتقديمه للمرضى وهي حالة نص عليها المشرع في حالة الأمراض الخطيرة أو النادرة ولا يوجد علاج مناسب لها في الجزائر. فالدواء الجنيس الذي يكون غير مسجل لكن نظرا للخطورة أو لمرض منتشر في الجزائر تسلم الوكالة ترخيصا يسمح بتصريفه و إعطائه للمرضى الذين اشتملتهم تلك الخطورة.

¹ - نص المادة 2 من المرسوم رقم 15-308: "في إطار السياسة الوطنية للمواد الصيدلانية تكلف الوكالة طبقا لأحكام المادتين 173-3 و 173-4 من القانون رقم 85-05 المؤرخ في 26 جمادى الأولى 1405 الموافق 16 فبراير 1985 والمذكور أعلاه على الخصوص بما يلي:

- تسجيل الأدوية والمصادقة على المواد الصيدلانية والمستلزمات الطبية المستعملة في الطب البشري "

² - انظر المرسوم التنفيذي رقم 05-428 يتضمن تنظيم الإدارة المركزية في وزارة الصحة و السكان وإصلاح المستشفيات.

المطلب الثاني: آثار تسجيل الدواء الجنيس.

إن أهم النتائج التي تنتهي عندها مراحل تسجيل الدواء هي إما قبول ملف طلب التسجيل أو رفضه، وهاتان النتيجةتان آثارهما هي أنه يتم قبول تسجيل الدواء فهنا يدرج ضمن المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري وبالتالي يسمح أن يصرف في الصيدليات وتقديمه في المستشفيات، وإما يتم رفض طلب التسجيل وهنا يتم إبلاغ طالب التسجيل بهذا الرفض وأسبابه. والمدونة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري هي القاموس والمصدر لجميع الأدوية التي يسمح باستعمالها نظرا للجودة التي تم الإقرار بتوافرها في مختلف الأدوية المقيدة بها، إلا أن عملية تسجيل أي دواء لا تكون إلا لمدة زمنية محددة يمكن تجديدها كما يمكن سحب قرار التسجيل لأسباب معينة، وكل هذه النقاط يمكن أن نخللها كما يلي:

الفرع الأول : نتائج دراسة طلب تسجيل الدواء الجنيس.

لقد أكدت المادة 21 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 على أن الوزير المكلف بالصحة يتخذ مقرر تسجيل الدواء الجنيس إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 7 من نفس المرسوم ويصدر المقرر من الوزير في مهلة 120 يوم من تاريخ إيداع الملف ويمكن تمديدها إلى 90 يوم في حالات استثنائية¹، لكن في حالة عدم توافر شروط الواجب توافرها يرفض طلب التسجيل.

أولا : رفض تسجيل الدواء الجنيس.

قد تكون النتائج التي جاءت بها الخبرة سلبية في ما يخص سلامة الدواء الجنيس فهنا في هذه الحالة يرفض تسجيل هذا الدواء ويمنع تسويقه وتصريفه للمرضى، وقد أكدت المادة 23 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 على الحالات التي يرفض فيها التسجيل نتيجة للخبرة تذكر منها:

- أن الدواء الجنيس ضار في ظروف استعماله العادية.
- أن الأثر العلاجي المرجو غائب.
- أن الدواء الجنيس لا يشتمل على التركيب النوعي و الكمي المصرح به.
- أن أساليب إنتاج الدواء الجنيس أو مراقبته لا تسمح بضمان الجودة².

ثانيا: قبول تسجيل الدواء الجنيس.

إذا توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 فإنه يصدر مقرر بتسجيل الدواء الجنيس أين يدرج هذا الأخير في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري، ويستوجب أن يتوافر في المقرر مجموعة من البيانات نصت عليها المادة 6 من نفس المرسوم.

كما أكد المشرع الجزائري أن مدة قيد هذا الدواء الجنيس في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري لمدة خمس سنوات قابلة للتجديد كل خمس سنوات³.

الفرع الثاني: تسجيل الدواء الجنيس في المدونة الوطنية للمنتوجات الصيدلانية.

بعد أن يتم قبول تسجيل الدواء الجنيس يسلم مقرر التسجيل إلى طالبه و يسجل الدواء الجنيس في المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب، كما أكدت المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 أنه تضبط المدونة الوطنية للمنتوجات الصيدلانية باستمرار عن طريق تسجيل منتوجات جديدة، عدم تجديد التسجيل، سحب منتوجات منها وهذه العمليات تتم وفقا للأحكام التشريعية

¹ - انظر المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284.

² - انظر المادة 23 من المرسوم 92-284 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

³ - انظر المادة 8 من المرسوم رقم 92-284.

والتنظيمية المعمول بها، كما أوجبت نفس المادة أن جميع المنتجات المنصوص عليها في المدونة بما فيها الدواء الجنيس أن تنص على التسمية المشتركة دوليا التسمية الخاصة بالمنتج، شكله الصيدلاني ومعايرة عناصره الفاعلة، قيود استعماله عند الضرورة.

بعد تسجيل الدواء الجنيس يمنح له مقرر التسجيل رقم ألزمت المادة 9 من القرار رقم 41 الصادر بتاريخ 1995/06/08 المتعلق بالتسجيل الإداري للأدوية ذات الاستعمال في الطب البشري الصادر عن وزارة الصحة والمادة 4 من القرار رقم 116 المؤرخ في 1996/12/05 المتعلق بشروط تسجيل الدواء الجنيس الصادر عن وزارة الصحة، بأن يوضع هذا الرقم بطريقة ظاهرة للعيان على غلاف العلبة والغلاف الذي يحيط كل وحدة من وحدات التي تشتمل على الدواء الجنيس.

أولاً: منح قرار تسجيل الدواء الجنيس.

إن عملية تسجيل الدواء الجنيس مهمة للغاية والقرار الصادر حولها يأتي خصوصاً لتأكيد على احترام طالب تسجيل الدواء الجنيس لجميع معايير القانونية اللازمة لذلك، إلا أنه وبالرغم من صدور القرار المتعلق بالتسجيل إلا أن صاحبه لا يتحصل عليه بسهولة بل يجب عليه تقديم ضمانات إضافية تسمح له بتأكيد منتوجه وصلاحيته لتسويقه أو استيراده وإنتاجه وهذه الضمانات التي تسبق منح قرار التسجيل أكد عليها المشرع في المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري.

ثانياً: سحب و تجديد مقرر التسجيل.

إن إصدار مقرر تسجيل الدواء ليس دائماً بل هو مؤقت وهذا راجع لخطورة المادة المسجلة نظراً لأنها تمس بالصحة العامة، وعليه فهذا المقرر قد يبقى و يجدد ما دام الدواء الجنيس يحافظ على تركيبته وفعالته وقد يسحب مقرر التسجيل لظروف خطيرة تمس بالصحة العامة فوفقاً لأحكام المادة 8 من المرسوم التنفيذي فإن تسليم قرار تسجيل الدواء الجنيس يكون في مدة أقصاها خمس سنوات، إلا أن هذه المادة يمكن تمديدتها عدة مرات كل خمس سنوات. وحتى تمتد هذه المدة يجب تقديم طلب تمديد مقرر التسجيل قبل تسعين يوماً من انقضاء مدة صلاحية المقرر المذكور، كما أنه لا يكون هناك تمديد إلا إذا أثبت طالب التمديد أن الدواء الجنيس لم يطرأ عليه أي تغيير في عناصره و تركيباته يقدم رفقة طلب التمديد¹.

كما أن سحب مقرر تسجيل الدواء الجنيس هو من العمليات التي تضبط بها المدونة الوطنية للمواد الصيدلانية المستعملة في الطب البشري كون هذه الأخيرة تنفج دورياً إما بإضافة مادة جديدة أو سحبها من المدونة. وقد حددت المادة 29 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 أن طلب سحب مقرر تسجيل الدواء الجنيس يوجه إلى الوزير المكلف بالصحة، كما حددت الفقرة الثانية للجهات التي تتقدم بطلب السحب على الخصوص وهي:

- الهيئات الوطنية والدولية للسهر و اليقظة في مجال استعمال العقاقير الطبية.

- الهيئات الوطنية للصحة العمومية .

- مؤسسات إستيراد الأدوية و / أو توزيعها .

- مؤسسات صنع المنتجات الصيدلانية المحلية أو الأجنبية، لاسيما المؤسسات صناعة المنتج موضوع طلب السحب.

- الجمعيات ذات الطابع العلمي وجمعيات المستهلكين.

ودراسة و فحص طلب سحب مقرر الدواء الجنيس يرجع إلى اللجنة الوطنية للمدونة التي يمكنها أن تستند إلى خبراء لإجراء خبرات حول الدواء الجنيس لتأكيد الدفوع التي اشتملها طلب السحب ، كما إن لجنة تسجيل الأدوية تبدي رأيها في سحب مقرر التسجيل وفقاً لأحكام المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 15-309.

¹ - انظر المادة 37 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284.

ومن بين أسباب طلب السحب ما جاءت به المادة 31 من المرسوم التنفيذي رقم 92-284 والتي هي:

- أن الدواء الجينيس ضار في ظروف استعماله العادية.
 - أن الدواء الجينيس لم يعد يحتوي على التركيبة النوعية و الكمية المبينة في مقرر التسجيل و هذا دون المساس بتطبيق الأحكام الجنائية المتعلقة بقمع الغش.
 - أن ظروف الصنع و الرقابة لا تسمح بضمان جودة الدواء الجينيس.
- وفي حالة ما إذا ثبت أن الدواء الجينيس غير صالح لتقديره لأسباب هي نفسها المقدمة في طلب السحب أو أسباب أخرى تعد اللجنة مقترحا تبين فيه أسباب سحب تسجيل الدواء الجينيس وتقدمه إلى الوزير المكلف بالصحة لإتخاذ القرار المناسب، والقرار المتخذ يكون إما بالسحب الشامل لجميع مقررات التسجيل التي قد تكون استفادتها المستحضرات المطابقة لتسمية مشتركة دولية أو علمية واحدة، وقد يكون قرار السحب المتخذ جزئيا لا يشمل إلا المستحضرات تناسب تسمية مشتركة دولية أو علمية واحدة أو إشكالا أو معايير خاصة.
- خاتمة:**

من خلال معالجتنا لهذا الموضوع تبين لنا تأكيد المشرع الجزائري بموجب القوانين والإجراءات التي وضعها على أهمية تسجيل المنتجات الصيدلانية في المدونة الوطنية بما في ذلك الدواء الجينيس، وهذا حتى يمكن حماية المرضى بصفة مستمرة، ومراقبة توزيع الأدوية على المستوى الوطني في مختلف الصيدليات والمستشفيات بطريقة تضمن أن الأدوية الجينية المتداولة مضمونة وتتوافر على جميع موصفات الدواء المستعمل للعلاج، وإجراءات تسجيل الدواء الجينيس المطبقة في الجزائر هي نفسها معتمد عليها في مختلف التشريعات الأخرى أين سهر المشرع الجزائري على التأكد من الفعالية العلاجية والتركيبية الأساسية له حتى يمكن قيده ضمن الموسوعة الدوائية للأدوية على المستوى الوطني.

إلا أنه تبين لنا من خلال هذه الدراسة بعض النقائص التي لم تكن موجودة في القانون القديم ولم يتداركها المشرع في قانون الصحة الجديد، إذ نجد فيه أن المشرع وسّع من قائمة منتجات الصيدلانية وأدخل بعض المنتجات لم تكن في القانون السابق كما أنه وسع من قائمة الأدوية وصنّفها وفقا للمعايير الموجودة في الوقت الحالي مركزا في نفس الوقت على الحرس التام على سياسة الاحتكار لها لكن في المقابل نجد أن الأحكام المتعلقة بالتسجيل لم تتغير منذ صدورهما، ما عدا الجهة المخول لها قانونا التسجيل، وهي لجنة تسجيل الدواء التي تأكد عملية التسجيل فقط.

إلا أن الإجراءات التي تسبق عملية إصدار مقرر التسجيل مازال يحكمها التشريع القديم الذي لم يواكب التطورات الحالية خصوصا أن التطور العلمي في ميدان الصيدلة مستمر والقوانين الدولية في ميدان الصحة مرنة وتماشى مع ما هو موجود حاليا وما سيتم وضعه من إجراءات في المستقبل وهذه المرونة التي نفتقدها في التشريع الجزائري.

وعليه، ندعو المشرع الجزائري إلى ضرورة تعديل بعض الأحكام والقواعد القانونية كما يلي:

- تعديل المرسوم التنفيذي المتعلق بتسجيل المنتجات الصيدلانية المستعملة في الطب البشري كونه أصبح لا يتماشى مع الأساليب الجديدة في تصنيع وإنتاج المنتجات الصيدلانية سواء المصنعة محليا أو المستوردة.
- إدراج تحاليل جديدة للخبرة التي يتم فرضها على المنتجات الصيدلانية بما فيها الأدوية لإعطاء ضمانة أكبر على فعاليتها مع إلزام بإخضاع الأدوية الجينية لنفس تلك التحاليل التي تخضع لها الأدوية الأصلية و ليس الاكتفاء ببعضها.
- نشر وإعلام المجتمع بمقررات التسجيل للأدوية التي خضعت للمراقبة و تم الموافقة على تسجيلها مع إدراج قوائم الأدوية التي تم رفض تسجيلها والأسباب المرتكز عليها المنع لتوعية المرضى بخطورتها.

- إنشاء فروع تابعة للجنة تسجيل الأدوية في مختلف مناطق العبور مثل المطارات والموانئ لمراقبة مختلف الأدوية التي تدخل ضمن هذه الممرات من قبل المغتربين من أجل وضع قائمة لهذه الأدوية وإثراء المدونة الوطنية للمنتجات الصيدلانية بأنواع جديدة من هذه المواد الغير المقيدة فيها والتي لا تصنع محليا ولا تستورد.
- تدارك القوانين والمراسيم المتعلقة بالصحة وتعديلها بما يتماشى مع قانون الصحة الجديد رقم 18-11 وذلك بالإحالة إلى مواد الجديدة بدل من الإحالة لقانون تم إلغاؤه.

الشخص المبتكر

The Créative Person

أ.مهدي سامية، أستاذة مساعدة قسم (ب)،

تحت إشراف الأستاذ: د. حاج بن علي محمد،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة حسينة بن بوعلي الشلف، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/05/24 / تاريخ المراجعة: 2018/11/29

ملخص:

يتم إثبات صفة المؤلف بأي طريقة سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه أو بذكر اسم مستعار أو علامة خاصة لا تدع للشك للتعرف على شخصية المؤلف وهذه القرينة غير قاطعة (قرينة قانونية) أي أن هذا الشخص الذي ذكر اسمه هو المؤلف حقيقة، وعلى من يدعي أن هذا غير صحيح أن يقيم دليل على ذلك.

وكقاعدة عامة لا يجوز في الأصل أن يكون المؤلف شخصا معنويا، والشخص المعنوي غير قادر على التفكير والذين يفكرون هم أشخاص طبيعيين تابعون للشخص المعنوي، ومع ذلك فإن قانون حماية حق المؤلف يصرح قد يكون شخص معنوي، وتوجد حالات خاصة تتمثل في المصنفات التي يكلف مؤلفوها بوضعها تتمثل المؤلف الأجبر ... الخ.

من جهة أخرى تم التكلم عن تعريف المصنف لغة واصطلاحا، وأيضاً عن نماذج المصنفات المحمية فهي تتمتع بالحماية في القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية.

الكلمات الدالة:

إثبات صفته (صفة المؤلف)، المصنف المحمي، نماذج المصنفات.

Abstract :

The First Topic is eliminated in several point, the most important of wiche are:

The title of the author shall be Proved in any manner, whether by mentioning the name of the author or by mentioning a pseudonym or a special mark that leaves no room for double as to the personality of the author .

As general rule ,The author Should not be amoral person . The copyright holders are entitled to appear before national courts and claim al moral rights. As for special cases ,We have special cases to the general rule of works . In the case of the hired author, of work of pseudonym .

As for Second Topic , We talked of the work language and terminology , the meaning is sufficient reference to all types of intellectual creativity in their literary .

Key Words:

Proof of authors, Protected work, models diet works.

مقدمة:

كلمة مؤلف تعني الشخص الذي أبدع المصنف والمؤلف هو المالك الأصلي لحقوق الواردة عليه والأشخاص الطبيعية هي الوحيدة المؤهلة للقيام بالإبداعات الفكرية، ونتيجة لذلك فإن الملكية الأصلية لحقوق المؤلف، تعود للشخص الطبيعي الذي أبدع المصنف، فالمصنف يشكل العمل الشخصي والفكري للمؤلف وبالتالي يجب حمايته على أساس أحكام قانون المؤلف.

ومنذ بداية دراسة هذه المادة تم الاتفاق العام على أن قانون المؤلف يحمي إبداعات الأشكال وليس الأفكار الموجودة في المصنف، والأفكار ليس مصنفات وبالتالي يكون استعمالها ، ولذا لا يمكن أن تكون محلا للحماية أو للملكية حتى ولو كانت جديدة،

وبعبارة أخرى يهدف قانون المؤلف إلى حماية شكل الأفكار، وتمثل في منح المبدع حقوق ممانعة ذات طابع مالي وحقوق ذات طابع شخصي أو معنوي، إذن فقانون المؤلف يحمي إبداع المصنف. والسؤال الذي يمكن طرحه هو: ما هي الصفات التي ينبغي أن يمتلك بها المبتكر من أجل إبداع مصنف محمي، وما هي نماذجها؟.

المبحث الأول

مفهوم الشخص المبتكر

من خلال المبحث الأول سنقوم بدراسة مفهوم الشخص المبتكر وذلك بتقسيمه إلى مطلبين: الشخص الذي يكون له حق التمتع بصفة المؤلف، هو الشخص الذي يخوله القانون حق المطالبة بحقوق المؤلف الحماية والدفاع عنها، سواء كان الشخص طبيعياً أو معنوياً، وسواء كان المؤلف ذاته أو شخص غيره كالناشر مثلاً أو من آلت إليه حقوق المؤلف بالورثة أو بالتنازل أو بغير ذلك من الطرق القانونية. وقد حددت المادة (1/15) من اتفاقية برن الشخص الذي يكون له حق التمتع بصفة المؤلف، والمطالبة بالحقوق المترتبة على هذه الصفة، والمثول أمام المحاكم في بلدان الاتحاد لمقاضاة أولئك الذين ينتهكون تلك الحقوق، بأنه الشخص الذي يظهر اسمه على المصنف بالطريقة المعتادة، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك¹.

المطلب الأول: القاعدة العامة في تحديد أصحاب الحقوق.

من خلال المطلب الأول سنتناول القاعدة العامة من خلال تقسيمها إلى ثلاثة فروع:

الفرع الأول: إثبات صفة المؤلف بأية طريقة.

تنص الفقرتان الثانية والثالثة من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف المصري على ما يأتي: "ويعتبر مؤلفا الشخص الذي نشر المصنف منسوباً إليه، وسواء كان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأية طريقة أخرى، إلا إذا قام الدليل على عكس ذلك، ويسري هذا الحكم على الاسم المستعار بشرط ألا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف".

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون في هذا النص: "وقد عرفت هذه المادة بأنه: "الشخص الذي ينشر المصنف منسوباً إليه بأية طريقة من الطرق المتبعة في نسبة المصنفات لمؤلفيها، سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه أو بذكر اسم مستعار أو علامة خاصة لا تدع مجالاً للشك للتعرف على شخصية المؤلف، وهذه القرينة غير قاطعة فهي تقبل الدليل العكسي"².

لم تضع اتفاقية "برن" أي تعريف محدد للمؤلف، غير أن المادة (1/15) حددت قاعدة عامة لتحديد شخصية المؤلف الذي يحق له ممارسة كافة الإجراءات أمام الجهات القضائية المختلفة للمطالبة بحقه في التأليف، بأنه الشخص الذي يظهر على المصنف المنشور بالطريقة المعتادة، ما لم يقيم دليل على عكس ذلك، كما يعتبر مؤلفاً كذلك الشخص الذي يتخذ له اسماً مستعاراً ويظهر على المصنف، شريطة أن يكون الاسم المستعار الذي اتخذ المؤلف لا يدع مجالاً للشك في تحديد شخصيته"³.

إن القاعدة العامة في هذا الصدد؛ أنه لما كان المصنف هو ابتكار الذهن كما قدمنا، فالمؤلف بدهاءة هو المبتكر، ولم يعن النص السالف الذكر بذكر هذه القاعدة صراحة لبدهائها، وإنما عني بأن يذكر لكي يقيم الدليل على ذاتية الابتكار. فالأصل أن المصنف ينشر عادة منسوباً إلى شخص معين، فيذكر اسم هذا الشخص في غلاف المصنف وفي الصفحة الأولى من صفحاته، وهي الصفحة التي تحمل العنوان على أنه هو المؤلف. وهذه قرينة قانونية على أن الشخص الذي ذكر اسمه هو المؤلف حقيقة، وعلى من يدعي أن هذا غير صحيح

¹ - حميد محمد علي اللهبي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية، الطبعة 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2011، ص 483.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء 8، الطبعة 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2000.

³ - حميد محمد علي اللهبي، المرجع السابق، ص 483، 484.

أنه هو، لا الشخص الذي ذكر اسمه، المؤلف الحقيقي أن يقيم الدليل على ذلك، وله أن يقيم الدليل بجميع طرق الإثبات، يثبت واقعة مادية.

وقد يكتفي المؤلف بوضع علامة على مصنفه، فإذا وقع نزاع فعليه أن يثبت بجميع الطرق على أن هذه العلامة خاصة به، وأنها لا تدع مجالاً للشك في التعرف على شخصيته. وقد يضع المؤلف على مصنفه اسماً مستعاراً أو ينشره غفلاً من اسم المؤلف بتاتا، فيكون على المؤلف عند النزاع إقامة الدليل بجميع طرق على الاسم المستعار هو له، بحيث لا يقوم أدنى شك في حقيقة شخصية المؤلف، أو أنه هو الذي ألف المصنف في حلة نشره غفلاً من اسم المؤلف. ويتبين من ذلك أن نسبة المصنف إلى شخص، سواء بذكر اسمه على المصنف أو بذكر اسم مستعار أو بأية طريقة أخرى، إنما هي قرينة قانونية قاطعة، فهي تقبل دائماً إثبات العكس، ويكون الإثبات بجميع الطرق لأنه ينصب واقعة مادية. ولما كان المصنف إنما هو نتاج الفكر، فإنه يترتب على النتيجة أن الآتيان:

أولاً: أنه لا يجوز للمؤلف أن ينزل للغير عن صفته كمؤلف، فهو المؤلف حتماً لأن المصنف هو نتاج فكره، كالأب لا يستطيع أن ينزل عن أبوته، وكل ما يستطيع أن ينزل عنه للغير، وليس هو صفة المؤلف، ولا الحق الأدبي الملحق بهذه الصفة ولكن حق الاستغلال المالي الذي يثبت له باعتباره مؤلفاً.

ثانياً: لا يجوز في الأصل أن يكون المؤلف شخصاً معنوياً، فالمصنف نتاج الفكر كما قدمنا والشخص المعنوي غير قادر على التفكير، والذين يفكرون هم أشخاص طبيعيون تابعون للشخص المعنوي، فيجب أن يكونوا هم المؤلفين وليس الشخص المعنوي، ومع ذلك فإن قانون حماية حق المؤلف يصرح بأن قد يكون شخصاً معنوياً، وقد أشار إلى ذلك عن ما نص في الفقرة الثالثة من المادة 20 منه على ما يأتي: "وتحسب هذه المدة من (مدة الحماية) من تاريخ النشر إذا كان صاحب شخصاً معنوياً عاماً أو خاصاً"، وكان من الواجب أن تكون الحماية للشخص الطبيعي الذي ألف المصنف بتوجيه الشخص المعنوي، وأن تكون مدة الحماية خمسين سنة لا من وقت نشر المصنف كما جاء في النص، بل من وقت الشخص الطبيعي الذي ألف المصنف⁴.

وبالعودة إلى الاتفاقية (برن) المشار إليها أعلاه أنها لم تقم بتحديد شخصية المؤلف، غير أن المادة (15/1) قامت بتحديد شخصية المؤلف الذي يحق له ممارسة كافة الإجراءات أمام الجهات القضائية للمطالبة بحقه، فإن المشكلة التي تثار حول المطالبة بحقوق التأليف بعد وفاة المؤلف بمعنى أنه عندما ينتقل حق المؤلف إلى ورثته وأثناء سريان مدة الحماية المقررة بموجب الاتفاقية، فهل يحق للورثة المثل أمام المحاكم لمقاضاة من ينتهك حقوق المؤلف التي آلت إليهم.

وفي الحقيقة أن المادة (15/1) لم تجب على مثل هذا التساؤل لكنها حددت أن الشخص الذي يمكنه المثل أمام المحاكم هو المؤلف ذاته، الذي ظهر اسمه على المصنف وليس غيره، ونجد الأمر كذلك في القانون الجزائري بموجب المادة 13 التي تنص "يعتبر مالك حقوق المؤلف، ما لم يثبت خلاف ذلك، الشخص الطبيعي والمعنوي الذي يصرح بالمصنف باسمه أو يضعه بطريقة مشروعة في متناول الجمهور... الخ نلاحظ أن هذا النص لم ينص على مآل الحقوق بعد وفاة المؤلف، وكان الأولى في اعتقاد الدكتور حميد علي اللهبي، أن تضاف إلى النص عبارة (...أو من آلت إليه الحقوق).

إلا أن الإجابة على هذا التساؤل قد تم تحديدها في المادة (6/ثانياً) من اتفاقية (برن) المتعلقة بالحقوق المعنوية للمؤلف والتي نصت في (الفقرة 2) على الحقوق الممنوحة للمؤلف بمقتضى الفقرة الأولى من المادة (6/ثانياً)، ومن هذه الحقوق حقه في المطالبة بنسبة المصنف إليه وبالاعتراض على كل تحريف أو تشويه أو أي تعديل أو مساس آخر بذات المصنف يكون ضاراً بشرف وسمعة المؤلف، وكل هذه الحقوق تظل محفوظة بعد وفاة المؤلف على الأقل إلى حين انقضاء الحق المالي، كما حددت المادة ذاتها أيضاً أن الذين لهم حق ممارسة تلك الحقوق بعد وفاة المؤلف بأنهم الأشخاص والهيئات المخولين بذلك من قبل التشريع الوطني للدولة، وفي ذلك نصت المادة 13 من

4 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 326، 327.

الأمر 05/02 على: "... أو يقدم تصريحاً باسمه لدى الديوان الوطني لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة، المنصوص عليه في المادة 131 من هذا الأمر".

والمطلوب توفير الحماية فيها، فإن الدول التي كان تشريعها قبل التصديق على اتفاقية (برن) لا ينص في ذلك الوقت على كفالة الحماية لكافة الحقوق المنصوص عليها في الفقرة (1) بعد وفاة المؤلف يحق لها أن تنص في تشريعها على أن بعض الحقوق المنصوص عليها في الفقرة من المادة (6/ثانياً) لا يمكن الاحتفاظ بها إلى ما بعد وفاة المؤلف¹.

غير أننا إذا ما أخذنا بعين الاعتبار تطبيق أحكام اتفاقية (التريس) والتي يكون لها أولية التطبيق، فإن المادة 9 منها ألغت صراحة العمل بأحكام المادة (6/ثانياً) من اتفاقية (برن) وبالتالي، فإن التساؤل الذي أثارناه قبل قليل لا يزال قائماً كون المادة (1/15) من اتفاقية (برن) هي فقط التي تكون واجبة التطبيق نظراً للإلغاء العمل بالمادة (6/ثانياً) من اتفاقية (برن).

وعلى ذلك، فإن ورثة المؤلف الذين انتقلت إليهم الحق في التأليف طبقاً لبعض التشريعات - اليميني مثلاً - لا يمكنهم ممارسة هذا الحق بناء على المادة (1/15) من اتفاقية (برن) كونها لا تعطيهم هذا الحق ولا بموجب المادة (6/ثانياً) من ذات الاتفاقية كون المادة (9) من اتفاقية (تريس) قد ألغت العمل بها، وإذا قلنا بعدم أحقية الورثة في المثل أمام المحاكم للدفاع عن حقوق المؤلف التي آلت إليهم، فمن سيتولى إذن حماية تلك الحقوق أثناء فترة سريان مدة الحماية؟.

والحقيقة أنه وفقاً لاتفاقية (برن) فإن الأشخاص الذين حددتهم الفقرة (2) من (المادة 6/ثانياً) - من آلت إليهم حقوق المؤلف - هم الذين يحق لهم المثل أمام المحاكم الوطنية والمطالبة بكافة الحقوق الأدبية والمعنوية للمؤلف، بينما وفقاً لاتفاقية (التريس) فإن الورثة الذين آلت إليهم حقوق المؤلف بعد موته مخولون أيضاً بممارسة حقوق المؤلف التي آلت إليهم، غير أن هذه الممارسة محصورة فقط في ممارسة الحقوق المادية (المالية) للمؤلف، ولا تشمل ممارسة الحقوق الأدبية ولا الدفاع عنها².

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في جانب المؤلف.

من خلال هذا الفرع سنتكلم عن الشروط الواجب توافرها.

أولاً: أن ينطوي المؤلف على قدر من الابتكار.

إن الابتكار لغة: من البكرة أي المبادرة إلى شيء فكل من بادر إلى الشيء فقد أبكر، ومن معاني الابتكار اللغوية إدراك أول الخطبة، وإذا كان معنى الابتكار في اللغة يختص بما كان جديداً غير مسبوق في وجوده من أحد، فيكفي فيه أن ينطوي المصنف على قدر من التجديد الذي يبرز طابع المؤلف ويعكس بصماته عليه، وليس بشرط أن يكون المصنف مبتكراً ولم يسبق إليه الأوائل، أو يكون ما وصل إليه لم يسبق فيه من أحد قبله، لأن ذلك في مجال التعليم والتأليف أمر نادر الوقوع، والنادر لا يتعلق به حكم، وفي هذا المعنى يكفي لجدارة المؤلف بحماية حقوقه الأدبية أن يكون قد بذل فيه جهداً يتساهل ذلك من خلال جمع المعلومات من المصادر المختلفة وتأصيلها في خطة جامعة تتمخض عن بنية لفكرة اكتشفها المؤلف مما سبقه من جهد العلماء في طريقة جديدة، في تنظيم الموضوع وترتيب أفكاره، وتناول ما نقله مؤلف عن غيره بالدراسة والشرح والتأصيل يعد في ذاته أمراً مبتكراً ولو كان وارد على فكرة سابقة أو موضوع سبق تناوله غيره³، وفي هذا المعنى يقول الدكتور أحمد العمري إن حماية الاختراع لا تحتم أن يكون المؤلف مبتكراً في كل صغيرة وكبيرة يقدمها للناس، فيكفي أن تكون شخصيته في التأليف واضحة مهما صغر حجمه فيتساوى في ذلك كتاب بسيط في تنسيق حديثة، مع دراسات عميقة

¹ - حميد محمد علي اللهبي، المرجع السابق، ص 484، 485.

² - حميد محمد اللهبي، نفس المرجع، ص 485.

³ - عبد الله مبروك النجار، الحماية المقررة لحقوق المؤلفين الأدبية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

في الفلسفة. هذا من جهة ومن جهة أخرى لا تشمل الحماية نظريات المؤلف التي يذيعها وأفكاره التي ينشرها في المصاحف مثلا وإنما الحماية تشمل ما يكتبه ويطبعه وينشره ويعطيه طابعه الخاص الذي يمتاز به المؤلف، فما يراقبه المشرع هو العملية المادية التي يباشرها المؤلف بتدوين أفكاره في كتاب أذيع على الملأ.

وغني عن البيان أن المصنف في فقه القانون يعد مبتكرا إن تضمن نظرية أو فكرة أو قصة كشفا جديدا لم يسبق أحد أن توصل إليه، فكون الفكرة جديدة يقطع بأنها مبتكرة، ولكن الابتكار لا يقتصر على الإضافة الموضوعية، وإنما يمتد إلى الشكل، فعرض الموضوع في شكل أو في تبويب جديد يعد ابتكارا ، وكذلك عرض فكرة قديمة بطريقة أكثر وضوحا بإلحاقها ببعض التطبيقات التي تبين معناها وتبرز خطورتها، كما يدخل في عداد المصنفات المبتكرة شرح أو تفسير أو تأويل عمل سابق أو التعليق عليه أو تحويله أو تلخيصه.

وقد قضت محكمة النقض المصرية: "إذا كان الأصل مجموع المصنفات القديمة التي آلت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها إذا أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها ، إلا إذا تميزت هذه الطبعة المنقول عنها بسبب يرجع الابتكار والترتيب في التنسيق أو بأي مجهود آخر ذهني يتسم بالطابع الشخصي، فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبه، وإنما يكفي أن يكون واضعه حديثا في نوعه ومتميزا بطابع شخصي خاص، بما يضيف عليه وصف الابتكار، وهذه القواعد التي قررها الفقه والقضاء من قبل صدور القانون 354 لسنة 1954 الخاص بحماية المؤلف قد قننها هذا القانون بما نص عليه في المادة الرابعة.

ثانيا: أن يكون الابتكار في مجال العلوم النافعة للإنسانية، دينها وديناها.

وينبغي على ذلك، أن المؤلف ألا يتضمن خروجا على معايير الأخلاق والآداب العامة يكون حرا بالاحترام والحماية، وفي مجال العلوم الشرعية، لا يكون المؤلف جديرا بالحماية إذا كان تزويرا لأحكام الله، أو يزين للناس طرق الخروج منها أو يحلل حراما مثل تلك المصنفات لا تكون حرية الحماية، لأن أساس الحماية ناشئ من إتباع منهاج الله، والسبيل على منوال الصالحين من شأن المصنف الذي يصادم تلك الأصول أن يفقد هوية وجوده وعلّة بقاءه، وفي هذا المعنى أن يكون المؤلف في مجال الدين موافقا لكتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم.

ثالثا: أن تكون نسبة العلم النافع المبتكر إلى مؤلفه محققة.

ويتحقق هذا الشرط بأن يكون الابتكار نابعا من ذات المؤلف ومن بنات فكره، ذلك أن وضع المصنف المبتكر يحشم مؤلفه مشاقا طويلا، ويحمله على إنفاق مال كثير ووقت طويل يكابد فيه صبرا ومعاناة، وهو لذلك يكون حرا بالحماية، ولما كان المؤلف قد بلغ جهدا كبيرا في إعداد مؤلفه ومن ثم يكون أحق الناس به، وبحماية الحقوق المترتبة عليه، ويظل هذا الحق طوال حياته وينتقل إلى ورثته بعد مماته عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "من ترك مالا أو حقا فلورثته"¹.

المطلب الثاني: الحالات الخاصة.

وإلى جانب هذه القاعدة، توجد حالات خاصة في حاجة إلى شيء من التفصيل. وهذه الحالات التي سنناولها فيما يلي: المصنفات التي يكلف مؤلفها بوضعها، المصنفات التي تحمل اسما مستعارا أو التي لا تحمل أي اسم.

الفرع الأول: مفهوم المؤلف الأجير.

¹ - عبد الله النجار، المرجع السابق، ص 142 - 145.

قد يكلف المؤلف بوضع مصنف، بمبادرة أو بطلب من الغير ، وفي هذه الحالة يمكن أن يكون المؤلف في خدمة رب العمل الذي استأجره ليضع مصنفًا أو مصنفات بموجب عقد العمل في هذه الحالة نكون بصدد شخص صناعته التأليف استخدمه رب العمل ليضع المصنفات التي يطلبها مقابل أجر¹.

أولاً: تعريفه الشخص الأجير.

الشخص الأجير أو الموظف بأنه الشخص الذي يتدع مصنفًا مقابل أجر أو مرتب بموجب عقد عمل أو عقد بمرتب²، كما هو الشأن في عقود العمل التي ترميها الصحف والمجالات مع محرريها مقابل أجر شهري في مثل هذه الحالة يكون المؤلف متنازلاً عن حقه المالي في استغلال مصنفه، فلا ينشره إلا في الصحيفة أو المجلة المتعاقد معها على النشر، وتحدد ذلك في عقد العمل المادة 19 من التشريع 79-10³.

ثانياً: تمييز عقد العمل عن قانون المؤلف.

لقد نصت المادة 19 من الأمر 05/03 على ملكية حقوق المؤلف الناتجة عن عقد أو علاقة العمل على أنه: " إذا تم إبداع مصنف في إطار عقد أو علاقة عمل يتولى المستخدم ملكية حقوق المؤلف لاستغلال المصنف في إطار الغرض الذي أنشئ من أجله، ما لم يكن ثمة شرط مخالف "، إن تحديد ملكية الحقوق الواردة عن المصنفات المنجزة بناء على عقد العمل يثير صعوبات أساسها الاصطدام الذي يقع بين قانون المؤلف وبين القواعد التي تنظم حقوق المؤلف، ففي قانون العمل ينتج عن نشاط العامل ملكية قابلة متمثلة في دفع الأجرة، أما بالنسبة لحقوق المؤلف فإن الامتيازات الواردة على الحق المعنوي غير قابلة للتحويل، كما أن رخصة استغلال الحقوق المالية فهي ذات التفسير الضيق، حيث أنها تقتصر فقط على أشكال الاستغلال المتفق عليها في العقد⁴.

ثالثاً: تحديد أطراف العلاقة وملكية المؤلف الواردة على هذه الحقوق.

يقتضي فهم هذا الموضوع تحديد أطراف العلاقة في مسألة الموظف الأجير وملكية حقوق المؤلف على المصنفات التي ينتجها في إطار شغل الوظيفة، وذلك على ضوء ما نصت عليه قوانين حق المؤلف المقارنة في هذا المجال، وعلى ضوء الدراسات التي أجرتها المنظمات الدولية المتخصصة في مجال الملكية الفكرية حول المشكلات القانونية المتعلقة بحقوق المؤلفين الأجراء.

أ) - أطراف العلاقة.

01) - رب العمل.

وهو الشخص الطبيعي الذي يقوم بتأجير مؤلف لإنتاج مصنف معين مقابل أجر ، بموجب عقد أو عقد بمرتب، وتتنوع النماذج الخاصة بأصحاب العمل مثل: المؤسسات الصحفية التي تصدر الجرائد والمجلات والدوريات وناشرو دوائر المعارف والمعاجم وناشرو الخرائط ، شركات الإنتاج الأفلام السينمائية، ومنتجو التسجيلات الصوتية والسمعية والبصرية، هيئات الإذاعة والإعلان.

2- المصنف: الذي يتم إنتاجه في إطار شغل الوظيفة ، وهو في الغالب الذي ينتجه الشخص الذي يتقاضى مرتباً أو المؤلف الأجير في قيامه بالمهام المعتادة لوظيفته : المقالات والتحقيقات الصحفية ، الصور الفوتوغرافية والخرائط ... الخ⁵.

¹ - فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 89.

² - يوسف نوافلة، الحماية لحق المؤلف ، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 105.

³ - " إذا تم إبداع مصنف في إطار عقد أو علاقة عمل ...".

⁴ - محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، 2007، ص 121.

⁵ - نواف كنعان، حق المؤلف، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 317.

والسؤال الذي يطرح ما حكم المصنف الذي يقوم بوضعه المؤلف الأجير ؟ لم ينص قانون حماية حق المؤلف رقم 22 لسنة 1992 على حكم ذلك، وكانت تطبق الأحكام الواردة في المادة 22 من قانون العمل الأردني رقم 8 لسنة 1996 بتاريخ 2001/9/5، صدر القانون المؤقت رقم 45 لسنة 2001 والذي بموجبه عدلت المادة السادسة باعتبارها فيها الفقرة (أ) وإضافة (ب) و (ج) بحيث أصبح كالتالي : (... على الرغم ما ورد في الفقرة (أ) من هذه المادة وفي أي قانون آخر، إذا ابتكر العامل أثناء استخدامه مصنفا متعلقا بأنشطة وأعمال صاحب العمل أو استخدام في سبيل التوصل إلى ابتكار هذا المصنف خبرات أو أدوات أو آلات أو موارد صاحب العمل الموضوعة تحت تصرفه، فإن حقوق التأليف تعود لصاحب العمل إلا إذا اتفق خطيا على غير ذلك. تكون حقوق الملكية الفكرية للعامل إذا كان حق الملكية المبتكر من قبله لا يتعلق بأصحاب العمل ولم يستخدم العامل خبرات صاحب العمل أو معلوماته وأدواته أو موارده الأولية إلى هذا الابتكار ما لم يتفق خطيا على ذلك). في حين أن المادة 20 من قانون العمل رقم 8 لسنة 1996 والتي جاءت تحت عنوان الاختراع تنص على أنه: "أ - مع مراعاة أحكام الفقرة ب من هذه المادة إذا توصل العامل إلى اختراع جديد فليس لصاحب حق العمل أي حق في هذا الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه أثناء عمله على أن تعطى الأولية في شراء هذا الاختراع لصاحب العمل. ب- إذا كانت طبيعة الأعمال التي عهد بها إلى العامل تقتضي منه تخصيص جهده في الاختراع للعامل أن يشارك في الحقوق المتعلقة بالاختراع بنسبة 50 في المائة منها يراعى في تقدير هذه النسبة الجهد الذي قدمه العامل والأدوات والمنشآت وسائر التسهيلات التي قدمها صاحب العمل"¹.

(03)- المؤلف الأجير.

وهو الشخص الذي يتدع مصنف بموجب عقد خدمة لحساب رب العمل، ومن أمثلة المؤلفين الموظفين الصحفيين، المراسلون الصحفيون، ... الخ، ويلاحظ أن الواقع العملي أن غالبا ما تتم العلاقة بين المؤلف الأجير ورب العمل في ظروف غير متكافئة، إما لأن الموظف يكون في موقف أضعف من موقف رب العمل، أو لأنه يجهل المسائل القانونية ذات الصلة بحقوقه، على المصنف الذي أنتجه أثناء عمله، مما يؤدي إلى موافقته على شروط تحاييلية - في عقد العمل - تنال من مصالحه وحقوقه المشروعة، ومثل هذا يستوجب السعي إلى تحقيق توازن في عقود العمل الخاصة بالمؤلفين الأجراء (الموظفين)².

ثانيا: ملكية حقوق المؤلف في المصنفات التي ينتجها المؤلف الأجير.

يستفاد من استقراء قوانين حق المؤلف والاتفاقيات الدولية الخاصة بحق المؤلف، والدراسات المقارنة التي تمت في هذا المجال، أن هناك اتجاهين رئيسيين حول ملكية حقوق المؤلف، في المصنف الذي ينتجه المؤلف الموظف، وما إذا كانت هذه الحقوق تعود للمؤلف الموظف (الأجير) أم تعود إلى رب العمل.

الاتجاه الأول.

ويتمثل في الرأي القائل بأن حقوق المؤلف المتمثلة بأحد المصنفات التي أنتجت مقابل أجر تعتبر مملوكة للمؤلف الموظف ما لم ينص عقد العمل كتابة على خلاف ذلك، وقد أخذت بعض قوانين حق المؤلف بهذا المبدأ على أساس أن المؤلف الموظف هو الشخص المبدع للمصنف، وتكون الحقوق التي يمتلكها رب العمل بمقتضى عقد العمل - باستثناء المصنف الجماعي - ناتجة عن التنازل عن الحق.

أما الاتجاه الثاني.

فيتمثل في الرأي القائل بأن حقوق المؤلف على المصنفات التي ينتجها المؤلف الموظف تعتبر ملكا لرب العمل، وقد أخذت بعض قوانين بهذا المبدأ، على أساس أن صفة المؤلف وحقوقه على مصنفات أنتجت مقابل أجر في ظل عقد عمل أو عقد بمرتب، وثبتت ابتداء

¹ - يوسف أحمد نوافلة، المرجع السابق، ص 106، 107.

² - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 319، 320.

للمؤلف، ولكنها تعتبر قد انتقلت بحكم القانون لرب العمل، ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى حجة مؤداها: أن رب العمل هو الذي يوجه إنتاج المصنف الذي ينتجه المؤلف الموظف (الأجير)، ويدفع تكاليف إنتاجه، وبالتالي هو الذي ينبغي أن يجني مزايا اقتصادية تترتب على هذا الإنتاج.

وأما الاتجاه الثالث.

فإنه يتمثل في الرأي بأن حقوق المؤلف على المصنفات التي ينتجها المؤلف الموظف تعتبر مملوكة للطرفين - رب العمل والموظف- وهكذا يتضح لنا تعدد الاتجاهات الخاصة بتحديد ملكية حقوق المؤلف الخاصة بالمصنفات التي ينتجها المؤلف الموظف، الأمر الذي اقتضى وضع قواعد نموذجية تضمن التوفيق بين الاتجاهين السابقين، ومن أهم القواعد التي تمخضت عنها هذه الدراسات، والتي يمكن للمشرعين الاسترشاد بها لتحديد ملكية حقوق المؤلف على المصنف الذي ينتجه المؤلف الموظف ترجع في الأصل إلى المؤلف الموظف ما لم يتفق المؤلف ورب العمل أو الشخص الذي صدر عنه التكليف في عقد الاستخدام على غير ذلك، وأنه استثناء من هذا الأصل فإن المؤلف الموظف يعتبر متنازلا عن ملكية حقوق المؤلف بمقتضى القانون إلى رب العمل أو الشخص الذي صدر عنه التكليف ما لم ينص على خلاف ذلك، وتستتبع قرينة التنازل هذه انتقال عبء الإثبات إلى المؤلف، إذ عليه في حالة التنازع أن يثبت أنه لم يتنازل عن حقوقه، ونظرا للطابع الاستثنائي - لقرينة تنازل المؤلف الموظف عن حقوقه على المصنف الذي ينتجه لرب العمل -، وتلافيا لما قد يترتب على تطبيق هذه القرينة من مساس بحقوق المؤلفين الموظفين لصالح رب العمل الذي يوظفهم، فقد كان الرأي السائد عدم سريان هذه القرينة إلا بالشروط التي حددها القانون والتي يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً وهذه الشروط هي:

- يجب أن يكون المصنف منتجاً لحساب رب العمل أو الشخص الذي صدر عنه التكليف،

- لا تؤول إلى رب العمل أو الشخص الصادر عنه التكليف سوى الحقوق المالية، أما الحقوق الأدبية فيحتفظ فيها المؤلف الموظف على مصنفه. أما الحقوق الأدبية للمؤلف الموظف فيمكن تصور احتفاظه بحقين أدبيين هما: حقه في ذكر اسمه على المصنف الذي أنتجه، وحقه في احترام هذا المصنف، باعتبارهما عنصرين هامين في أعمال حق المؤلف في هذا الإطار بل أنهما يكتسبان أهمية خاصة لأنهما وضعاً مبدئياً لصالح المؤلف، كما يمكن تصور صعوبة احتفاظه بحقين أدبيين آخرين هما: حقه في تقرير نشر المصنف الذي أنتجه وحقه في سحب مصنفه من التداول، إذ بالرغم من أن هذين الحقين يظلال مقررين لصاحب حق المؤلف، إلا أنه يصعب ممارستهما في إطار عقد العمل، ذلك لأن ممارستهما قد يلحق الضرر برب العمل، أما بالنسبة لحق تعديل المصنف، فالأصل أن يشارك المؤلف الموظف في ذلك، إلا أن هناك بعض الاعتبارات التي قد تبرز لرب العمل إدخال بعض التعديلات على المصنف، كأن تقتضي طبيعة بعض - كالمصنفات العلمية مثلاً - تأكيد رب العمل من صحة المعلومات أو الإحصائيات واستيفائها مما يتطلب استعانة رب العمل بأشخاص متخصصين غير المؤلف لانجازها¹.

الفرع الثاني: المصنفات التي تحمل اسم مستعار أولاً تحمل أي اسم.

تقتضي المادة الأولى في فقرتها الثالثة من قانون حماية حق المؤلف المصري بأن المصنف الذي يحمل اسماً مستعاراً أو ينشر غفلاً من اسم المؤلف يبقى منسوباً إلى مؤلفه الحقيقي على مصنفه إلى مؤلفه الحقيقي، ويحتفظ هذا بصفته وبجميع حقوق الأدبية والمالية على مصنفه، وإن كان ذلك يبقى مستورا ولا ينفذ إلا فيما بينه وبين من فوض له مباشرة حقوقه، إلى أن يكشف المؤلف الحقيقي عن شخصيته فعند ذلك يباشر حقوقه بنفسه، والمؤلف يعمد إلى نشر مصنفه تحت اسم أو غفلاً من اسمه لأسباب مختلفة ترجع إلى محض تقديره، فقد يرى إبقاء اسمه مستورا لتتاح له الفرصة في تقدير أثر مصنفه على نفوس الجماهير، وقد يفعل ذلك مراعاة لمصلحة الغير، والمهم أن ستر اسمه لا يجرمه من صفته ولا من حقوقه، ولكن مادام اسمه مستورا فإنه يخضع لأحكام خاصة يقتضيها هذا الستر، حتى إذا أعلن عن شخصيته

¹ - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 320-324.

خضع للأحكام العامة، فيجب إذن أن نميز بين فرضين: الفرض الأول الذي يبقى فيه اسمه مستورا ، والفرض الثاني الذي يكشف عن شخصيته¹.

أولاً: المؤلف اسمه مستور.

تنص المادة 28 من قانون حماية حق المؤلف على أنه: " في المصنفات التي تحمل اسما مستعارا أو التي لا تحمل اسم المؤلف، يعتبر أن الناشر قد فوض من المؤلف في مباشرة الحقوق المقررة في هذا القانون، ما لم ينصب المؤلف وكيلا آخر أو يعلن شخصيته ويثبت صفته "

وبخلاص من هذا النص أنه مادام اسم المؤلف مستورا، فلا بد من شخص ظاهر يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية، وهذه الضرورة تقتضيها طبائع الأشياء، وهذا الشخص الظاهر لا بد أن يكون مفوضا من المؤلف نفسه في مباشرة حقوقه، إذ بدون تفويض لا يكون للشخص الظاهر صفة في مباشرة هذه الحقوق، ويضع النص السالف الذكر قرينة قانونية تيسيرا للتعامل وهذه القرينة تقتضي بأن ناشر المصنف يعتبر هو الشخص الظاهر الذي فوض له المؤلف مباشرة حقوقه، ولكن هذا الحكم غير مفروض على المؤلف، فله أن يفوض شخصا آخر غير الناشر في مباشر حقوقه ويبقى الناشر مجرد ناشر. وسواء كان الشخص الظاهر هو الناشر أو غيره، فإن له أن يباشر حقوق المؤلف الأدبية والمالية، يباشر حقوقه الأدبية كأن يطلب بمنع أي اعتداء على المصنف، ويجب أن يلتزم في ذلك التوجيهات التي تصدر له من المؤلف ويباشر حقوق المؤلف المالية.

ويستثنى من ذلك الأمور الثلاثة الآتية: (1) - ليس له أن يسحب المصنف إلا أن يفوضه المؤلف في ذلك تفويضا خاصا، فإن سحب المصنف من حقوق المؤلف الأدبية الموكولة إلى محض تقديره الشخصي د، (2) وليس له أن يضع حدا لستر اسم المؤلف، يتنحى عن التفويض كاشفا اسم المؤلف الحقيقي، إلا إذا أذنه المؤلف في ذلك ، فإن هذا الأمر هو أيضا موكول بمحض تقدير المؤلف الشخصي، فلا يجوز للشخص الظاهر أن يباشره دون إذنه ومع ذلك لا يستطيع الشخص الظاهر أن يتنحى عن التفويض في الحدود التي يستطيع فيها الوكيل أن يتنحى عن الوكالة، ويكون ذلك بإرادته وحده دون حاجة إلى رضا المؤلف، ولكنه يبقى ساترا لاسم المؤلف لا يكشف عنه وللمؤلف بعد ذلك أن يختار بين الكشف عن شخصيته أو تفويض شخص ظاهر آخر محل الشخص الظاهر الذي تنحى (3) كان مقتضى أن يعتبر الشخص الظاهر هو المؤلف يباشر حقوقه، وأن مدة الحماية تقاس على حياة الشخص الظاهر لا على حياة المؤلف، مادام اسمه مستورا، إذ نصت المادة 21 من قانون حماية حق المؤلف على أن: " تبدأ مدة الحماية المبينة في الفقرة الأولى من المادة السابقة بالنسبة للمصنفات التي تنشر غفلا من اسم المؤلف أو من اسم مستعار من تاريخ نشرها، ما لم يكشف المؤلف عن شخصيته خلالها فتبدأ مدة الحماية من تاريخ الوفاة "

وفي هذا الحكم وقاية من عدم استقرار مدة الحماية ، فلو حسبنا المدة من تاريخ موت الشخص الظاهر فمن المحتمل أن يحال محل الشخص الظاهر شخص ظاهر آخر غيره كما رأينا، فتتغير مدة الحماية إذ تبدأ من تاريخ موت الشخص الظاهر الثاني ثم الثالث وهكذا. ولكن بفضل الحكم الوارد من المادة 21 سائلة الذكر تستقر مدة الحماية، فهي تبدأ من تاريخ نشر المصنف، وتبقى سارية من هذا التاريخ مادام اسم المؤلف الحقيقي مستورا ولو تغير الشخص الظاهر، ولا تتغير مدة الحماية إلا في حالة واحدة هي إذا كشف المؤلف الحقيقي عن شخصيته، فعند ذلك تبدأ مدة الحماية من تاريخ موته².

ثانيا : المؤلف كشف عن شخصيته.

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، حق الملكية، الجزء 8، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، القاهرة، 2000. ص 331.

² - عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 332.

إن المؤلف حر في أن يكشف عن شخصيته في أي وقت شاء فإن الأمر موكولا إلى محض تقديره كما قدمنا، فإذا مات دون أن يكشف عن شخصيته لم يجز لورثته من بعده أن يتولوه من تلقاء أنفسهم الكشف عن شخصيته، ما لم يكن قد أذن لهم في ذلك قبل موته، فإذا لم يكن قد أذن في ذلك، وجب بقاء اسمه مستورا، ويقدم الشخص الظاهر الحساب للورثة الذين حلوا محل المؤلف، وتنتهي مدة الحماية بانقضاء خمسين سنة من نشر المصنف. وإذا كان قد أذن لورثته في الكشف عن شخصيته بعد موته، وجب عليهم الكشف عن هذه الشخصية، فيختفي عندئذ الشخص الظاهر، ويتولى الورثة حقوق المؤلف بأنفسهم مع التزامهم باحترام حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر، ولا تنتهي مدة الحماية إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت موت المؤلف، لا من وقت نشر المصنف، ونفرض الآن أن المؤلف قد كشف عن شخصيته في حال حياته، فعند ذلك يختفي الشخص الظاهر ويصبح المؤلف الحقيقي معروفاً، فيتولى جميع حقوقه الأدبية والمالية بنفسه، ويجب عليه مع ذلك أن يحترم حقوق الغير الذين تعاملوا مع الشخص الظاهر قبل أن يكشف عن شخصيته، ولا تنتهي مدة الحماية إلا بانقضاء خمسين سنة من وقت من وقت موته، وكانت قبل أن يكشف عن شخصيته تنتهي بانقضاء خمسين سنة من وقت نشر المصنف كما سبق¹.

المبحث الثاني

مفهوم المصنف ونماذجه

يعني المصنف لغة تمييز الأشياء بعضها عن بعض، وصنف المصنف الشيء أي ميزه بعضه عن بعض، وقد كانت كلمة (المصنف) في التراث العربي تستخدم بمعنى المؤلف، في حين كان على المؤلف كلمة (العالم أو الكاتب) ... ويستخدم في الوقت الحاضر كلمة (أعمال) للدلالة على جميع الإبداعات الفكرية وهي الترجمة الحرفية للاصطلاح باللغة الانجليزية المستخدم للدلالة على جميع أنواع المصنفات (Works).

ويلاحظ أن قوانين حق المؤلف المقارنة لم تنص صراحة على تعريف المصنف، كما لم تضع معياراً ثابتاً لتحديد معناه مكتفية بالإشارة إلى جميع أنواع الإبداع الفكري بصورها الأدبية والعلمية والفنية، تعتبر مصنفات فكرية أي كان شكل التعبير الذي تتخذه، إلا أنها أوردت قائمة مفصلة بأنواع المصنفات التي تشملها حماية حق المؤلف، وذلك على سبيل الحصر، تاركة المجال لظهور مصنفات أخرى قد توجد التطورات التكنولوجية مستقبلاً، ومن استقراء قوانين حق المؤلف والاتفاقيات الدولية يمكن أن نستخلص مجموعة من الشروط التي يجب توافرها في المصنف حتى يتمتع بالحماية المقررة بحق المؤلف².

المطلب الأول: الشروط الواجب توافرها في المصنف.

للتحديث عن الشروط الواجب توافرها في المصنف قمنا بتقسيم المطلب إلى ثلاثة فروع وهي كالآتي:

الفرع الأول: اشتراط أصالة المصنف.

يشترط لإصباح الحماية القانونية على إنتاج العقلي أن يكون مبتكراً، ومناطق ثبوت حق المؤلف أن يتضمن المصنف قدراً من الابتكار بحيث نستشف شخصية المؤلف من مقومات الفكرة التي عرضها أو الطريقة التي سلكها لعرض هذه الفكرة، ويتراوح الابتكار بين الاختراع الجديد بصورة كاملة، ومجرد التحديد في طريقة العرض والتأصيل، أو الأسلوب، ففي كل هذه الحالات يصبح المصنف مطبوعاً بشخصية المؤلف وطابعه المميز³، ولقد أورد المشرع الجزائري صراحة وجوب الإبداع والابتكار في نص المواد 3 و12 من الأمر 05/03 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة: "يمنح كل صاحب إبداع أصلي لمصنف أدبي أو فني الحقوق المنصوص عليها في هذا الأمر"، المادة

¹ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، نفس المرجع، ص 333، 334.

² - نواف كنعان، حق المؤلف، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2004، ص 197.

³ - كمال سعدي، الملكية الأدبية والفنية، الطبعة الأولى، دار الدجلة، الأردن، ص 94.

12 منه " يعتبر مؤلف مصنف أدبي و/أو فني في هذا الأمر الشخص الطبيعي الذي أبدعه... " ¹. إن ما يتميز به الإنتاج والإبداع الفكريين هو أن يكونا بطابع معين يبرز شخصية معينة لصاحبه سواء في جوهر الفكرة المعروضة أو من مجرد طريقة عرض أو التغيير... الخ بحيث سيتبين أن المؤلف قد خلع إنتاجه شيئا من شخصيته، أن المؤلف الذي يكون ترديد لمصنف سابق يكون فيه أثر للإبداع، ودون أن يحمل شخصية المؤلف، لا تسري عليه الحماية المقررة في هذا التشريع، وقد عبر الفقيه السنهوري عن المعنى بقوله: " أن الابتكار هو الثمن الذي تشتري به الحماية " ².

وعلى الصعيد الفقهي؛ فقد ذهب الفقه في العراق إلى أن المقصود بالابتكار هو: " أن يكون المؤلف دور يبرز شخصيته بصرف النظر عن قيمتها الأدبية وأهميتها المالية "، أما في مصر فقد اختلف الفقهاء في تحديد مفهوم الابتكار فمنهم من يذهب إلى أن المقصود بالابتكار هو: " بروز الشخصي للمؤلف من حيث التعبير عن الفكرة دون أن تبرز المؤلف شخصيته في الإنشاء " أما الرأي الغالب فيذهب المقصود بالابتكار " أن يكون للمؤلف دور يبرز شخصيته سواء أكان ذلك من حيث موضوع المصنف أم من حيث التعبير عن الطريقة أو الفكرة التي يعالج بها هذه الفكرة " ، وكذا شتاين معرفا للابتكار: " عملية ينتج عنها عمل جديد يرضي أناسا من ذوي الدراية بحقل الابتكار " ³.

فالابتكارية تعد معيارا شخصيا يحدد مدى حماية المصنف بقانون حق المؤلف، وفكرة الابتكارية يمكن البحث فيها بطريقة موضوعية والتصور الموضوعي يعني: أن المصنف يعبر عن مجهود ذهني لمؤلفه، أما التصور الشخصي فيعني أن المصنف يجب أن يعبر عن شخصية مؤلفه بل ما يهمنا هو المعيار الموضوعي عند الحديث عن الحق في منح براءة الاختراع، فهل المخترع أضاف شيئا جديدا على الحالة السابقة في المجال العلمي، والتكنولوجي، أو الصناعي أم لا، بينما في مجال حق المؤلف الابتكارية لا تعني لإضافة جديد بل يكفي أن المصنف الفكري يعبر عن شخصية مؤلفه وأن هناك بصمة واضحة للمؤلف في عمله الفكري ⁴.

الفرع الثاني: صور الابتكار.

إن الابتكار كعنصر من عناصر المصنفات المحمية وشرط للحماية القانونية له صور، ودرجات عديدة متفاوتة ليس ضروريا أن تكون الأفكار التي تضمنها المصنف أفكار جديدة كل الجدة لم يسبق المؤلف إليها غيره، بل أن تتضمن قدرا من الجدة والأصالة وأن يتميز المصنف بطابع أصيل في الإنشاء أو في التعبير بحيث يبرز شخصيته المؤلف وفنه، لذلك فإن للابتكار درجات متفاوتة وصور مختلفة تدور بين الابتكار الجديد بصفة كاملة ومجرد التحديد والتأصيل عن طريق العرض والتعبير، ونعرض فيما يلي صورتان هما:

– الصورة الأولى: المصنفات المطلقة للابتكار.

حيث نصت الفقرة 2 من المادة 3: " تمنح الحماية مهما يكن نوع المصنف ونمط تعبيره ودرجة استحقاقه ووجهته بمجرد إبداع المصنف... " فينص قانون حماية حق المؤلف العراقي في الفقرة الأولى من المادة الأولى المطابقة للفقرة الأولى من المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف المصري: " يتمتع بحماية هذا القانون مؤلف المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم ، أيا كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها وأهميتها والغرض من تصنيفها " ، وبني لنا أن المدلول من المادة أن المشرع استعمل عبارة (مؤلفو المصنفات) يقصد

¹ - فاضلي إدريس، المدخل إلى الملكية الفكرية، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010، ص 87.

² - فاضلي إدريس، المرجع السابق ص 74.

³ - كمال سعدي، المرجع السابق، ص 95، 96.

⁴ - شحاتة غريب الشلقامي، الملكية الفكرية، (دراسة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة والخصوصية الحاسب الآلي)، ب، ط، دار الجامعة الجديدة، الأزرايطية، القاهرة، مصر، 2008، ص 288.

بما تلك المصنفات التي أوجدها صاحبها من خلا استثنائه بقواه العقلية بصورة مباشرة ، بدون أن يتأثر بالإنتاجات الفكرية لأناس آخرين ، أو يقتبس من الأعمال السابقة قليلا أو أكثرا.

- الصورة الثانية: المصنفات نسبية الابتكار.

وهي المصنفات التي اشتقت من المصنفات الأصلية عن طريق إعادة إظهارها بعد ترجمتها إلى لغة أو لهجة أخرى أو تحويلها من لون إلى ألوان الآداب والفنون والعلوم إلى لون آخر أو تلخيصها أو تحويلها أو تعديلها أو شرحها مع التعليق عليها أو إعادة ترتيبها بحيث تتضمن ابتكارا نسبيا وقدرا من الجودة والأصالة، وفي هذه الصورة يعتمد المؤلف إلى إظهار المصنف الأصلي بعد استئذان مؤلفه وخلفائه، إذا كان هذا المصنف لم تنقض حمايته ولم تؤول إلى الملك العام، ومن المصنفات النسبية الابتكار هي: - أولا : ترجمة المصنف إلى لغة أو لهجة أخرى، - ثانيا : تحويل المصنف من ألوان الآداب والفنون والعلوم إلى لون آخر ، - ثالثا : تلخيص أو تحويل وتعديل¹.

الفرع الثاني: الحماية المقررة تنصب على المصنفات المبتكرة بغض النظر عن نوعيتها وطريقة التعبير عنها.

فالنسبة لنوعية المصنفات قد تكون المصنفات التي تنصب عليها الحماية أدبية كالقصاصد والروايات وغيرها، قد تكون فنية كالمصنفات المتعلقة بفنون الرسم والتصوير والنحت والفنون التطبيقية، وقد تكون موسيقية وغير ذلك من أنواع المصنفات، وقد تكون نقل هذه المصنفات إلى الجمهور في صورته كتابية وشفوية ... الخ، ويشمل المصنف بالحماية بغض النظر عن نوعيته، وحتى إذا كان قليل الارتباط بالآداب والفن والعلوم، كما هو الحال بالنسبة للأدلة التقنية المحضة والرسوم، والهندسة، وبرامج الحاسبات المستعملة في العمليات الحسابية.

والتعبير عن الابتكار يشمل العنصر الثاني من المصنفات المحمية، لذا سنتكلم عن الوسائل المعتمدة للتعبير عن الأفكار الكامنة في النفس بشكلها الموضوعي: الوسيلة الأولى: الكتابة - هي إحدى الوسائل الكامنة للتعبير عن الأفكار الكامنة من نفس المؤلف، كما في المصنفات العلمية والمصنفات الأدبية والنظرية ومختلف فروع الآداب والفنون والعلوم. أما الوسيلة الثانية: الصوت هي الوسيلة الثانية للتعبير عن الإنتاج العقلي وطريقة من طرق نشر المصنف يستخدمها المؤلف لإيصاله إلى الجمهور بإلقاء الشفهي، كالخطاب والمحاضرات والمواظ والدروس والآراء الخاصة في المناقشات والندوات وما يماثلها، الوسيلة الثالثة: الرسم والتصوير هما مظهران من مظاهر التعبير عن الإنتاج العقلي عن طريق الخطوط والألوان والحفر والنحت وما يماثلها، - الوسيلة الرابعة: هي وسيلة أخرى من وسائل التعبير عن الابتكارات العقلية وخصوصا الفنية منها، والتي يلجأ إليها المؤلف لإيصال مصنفه إلى الجمهور من خلال الحركات أو الخطوات الفنية كفنون الرقص والباليه².

الفرع الثالث: تقرير حماية المصنف بعد اتخاذ إجراءات شكلية معينة:

تتشرط بعض حق المؤلف لحماية المصنف إجراءات شكلية معينة، كما تشترط قوانين أخرى أن يكون المصنف مثبتا على دعامة مادية.

أولا : الشرط الخاص بالإجراءات الشكلية.

فإن بعض قوانين حق المؤلف تشترط مثلا تسجيل المصنف في سجل خاص في دائرة مختصة بتسجيل المصنفات على اختلاف أنواعها، ويعتبر هذا الإجراء شرطا أساسا للحماية ، ومثال ذلك قانون حق المؤلف الأمريكي الذي استلزم شكلية معينة فأوجب أن يذكر جميع نسخ المصنف عبارة عن حقوق محفوظة، وإن كان الشكل غير ملزم بعد انضمام الولايات المتحدة الأمريكية لاتفاقية برن في أول مارس 1989، حيث أصبحت عبارة التحفظ هذه اختيارية فيما يتعلق بالمصنفات المنشورة بعد هذا التاريخ، كما تطلب القانون

¹ - كمال سعدي مصطفى، المرجع السابق، ص 100، 101.

² - نواف كنعان، المرجع السابق، ص 202، 203.

أيضا استثناء الإبداع والتسجيل وإن عدم التقيد بهذين الإجراءين لا يحرم المؤلف من الحماية، غير أنه في حالة عدم استيفائهما لا يمكن إقامة دعوى التقليد، في حين لا تشترط قوانين أخرى مثل هذه الإجراءات الشكلية لإسباغ الحماية القانونية المقررة على المصنف، وذلك لأن الالتزام بإجراءات معينة من شأنه أن يستتبع تعقيدات إدارية تزيد صعوبة تنفيذ الحماية.

ثانيا: الشرط الخاص لتثبيت المصنف على دعامة مادية.

فإن بعض قوانين حق المؤلف تشترط لحماية المصنف أن يكون مثبتا على دعامة مادية، ومثل هذا الشرط لا يستبعد من الحماية إلا عددا ضئيلا من المصنفات، وهي في الغالب المصنفات التي ترتجل دون أن تثبت قبل تنفيذها أو أثناءها، كما يستبعد المصنفات الفولكلورية لأسباب نابعة من طبيعة هذه المصنفات وغالبا ما تنص على هذا الشرط قوانين حق المؤلف المستوحاة من المفاهيم الأنجلوسكسونية؛ مثل قوانين حق المؤلف في إنجلترا، الولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، لأسباب تتعلق بالإثبات، ولذلك لا تكفل هذه القوانين الحماية للمصنفات على اختلاف أنواعها إلا إذا كانت مثبتة على دعامة مادية¹.

المطلب الثاني: نماذج من المصنفات المحمية.

هي المصنفات التي تتمتع بالحماية القوانين الوطنية كحقوق المؤلف وحماية الاتفاقيات الدولية وتمتع هذه المصنفات على أساس التعبير الأدبي والفني وغيرها.

الفرع الأول: المصنفات الأدبية.

وتتفرع بدورها إلى قسمين : المصنفات المكتوبة، والمصنفات الشفوية، تنطبق لها كما يلي:

أ- المصنفات المكتوبة.

تتمتع هذه المصنفات بحماية واسعة جدا ويظهر ذلك من خلال المادة 04 من الأمر 05/03 التي تنص على أمثلة: المصنفات الأدبية التي تتمتع بالحماية القانونية هي المصنفات الأدبية المكتوبة مثل: المحاولات الأدبية والبحوث العلمية والتقنية والروايات والقصص والقصائد الشعرية وبرامج الحاسوب.

ب- المصنفات الشفوية.

إن أسلوب الإبداع وجهد التعبير في هذه المصنفات هو نفس الجهد المفروض في المصنفات المفروضة، وبالتالي فإنها تعكس شخصية المؤلف، وهنا تظهر الأصالة في التركيب والتعبير، على سبيل المثال نذكر المادة 04 من الأمر 05/03 مثل المحاضرات والخطب والمواظع وباقي المصنفات التي تمثلها.

ثانيا: المصنفات العلمية².

يقصد بها المصنفات التي تحمل أفكار ذات طابع علمي ويشمل كل مصنفات العلوم الدقيقة، الطبية، الطبيعة التقنية، الخرائط الجغرافية، وحتى المصنفات الأدبية ذات الطابع العلمي، وبصفة عامة كل المصنفات المتعلقة بالعلوم، وكذا فإن الابتكارات والاكتشافات العلمية والبحوث والمشاريع العلمية، تعتبر من المصنفات العلمية المتعلقة بحماية حقوق المؤلف مهما كانت أصالة الفكرة والتجربة المقدمة.

ثالثا: المصنفات المسرحية.

هي المصنفات المعدة للتمثيل تشمل المصنفات الدرامية والتمثيلية هذا ما نصت عليه المادة 04 من الأمر 05/03 والمرشع الجزائري في أحكامه لم يربط الحماية بأي شرط، ما عدى شرط الأصالة.

الفرع الثاني: المصنفات الشفوية.

¹ - نواف كنعان، نفس المرجع، ص 207، 208.

² - محي الدين عكاشة، حقوق المؤلف على ضوء القانون الجزائري الجديد، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، 2008.

وتنص على هذه المصنفات المادة 5 من الأمر 05/03 بقولها " المصنف المشتق هو المصنف الذي يتم ابتكاره استنادا إلى مصنف آخر سابق، ويتمتع المصنف المشتق من المصنف السابق بالحماية المقررة لحق المؤلف نظرا لأن إبداعه يتطلب قدرا معينا من المعرفة الخاصة والجهود الخلاقة.

أولاً: الترجمات.

يعني في مجال حق المؤلف التعبير عن أي مصنف (أدبي أو علمي أو فني)، بلغة غير لغة النص الأصلي، سواء كان المصنف الأصلي مكتوباً أو شفويًا.

ثانياً الاقتباسات.

يجب أن نميز بين المصنفات المشتقة كصورة من صور المصنفات المشتقة والتي يجب الحصول على إذن من صاحب المصنف الأصلي المقتبس منه ، وبين الاقتباس من برنامج الحاسب الآلي أو نسخ من المصنف لأغراض التدريس

ثالثاً: التعديلات الموسيقية والتجويق.

إن المراد بها تكييف المصنف الموسيقي لآلات موسيقية ويسمح التجويق بتحويل المصنف الموسيقي لمختلف الآلات المشكلة للجوق.

الفرع الثالث: العنوان.

حسب المادة 06 من الأمر 05/03 يعد العنوان عنصراً هاماً للمصنف، فالعنوان هو الذي يشخص المصنف ويعطي نظرة من محتواه وهذا ما يسمح بتعريف المصنف لدى الجمهور وتمييزه عن المصنفات الأخرى، لتفادي الخلط بينه وبين المصنفات الأخرى، كما يسمح بوضع علاقة بينه وبين المصنف والنتائج التي يستخلصها وللمؤلف حق على العنوان بصفته جزء من مصنفه¹.

خاتمة:

توصلنا إلى أن إثبات صفة المؤلف تتم بأي طريقة سواء كان ذلك بذكر اسم المؤلف عليه أو بذكر اسم مستعار، أو علامة خاصة لا تدع مجالاً للشك للتعرف على شخصية المؤلف، وهذه القرينة غير قاطعة تقبل الدليل العكسي وهذه كقاعدة عامة، توجد حالات خاصة حصرتنا دراستنا على حالة خاصة وهي صفة المؤلف الأجير أو الموظف الذي يعرف على أنه الشخص الذي يبتدع مصنفًا مقابل أجر أو مرتب بموجب عقد عمل أو عقد بمرتب.

وقمنا بتمييز عقد العمل عن قانون المؤلف، وذلك من خلال تحديد ملكية الحقوق الواردة عن المصنفات المنجزة بناء على عقد العمل الذي يثير صعوبات أساسها الاصطدام الذي يقع بين قانون المؤلف وبين القواعد التي تنظم حقوق المؤلف، والمصنف وعن النماذج الواردة عليه.

¹ - محي الدين عكاشة، المرجع السابق، ص 102.

تقنين آليات الاقتصاد الإسلامي في التشريع الجزائري لتنمية وتثمين الأوقاف

Codifying the Mechanisms of Islamic Economy in Algerian Legislation for the Development and Investment of Awqaf

د. جطي خيرة، أستاذة محاضرة قسم (أ)،

معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/08/14 / تاريخ المراجعة: 2018/11/23

ملخص:

يُعد الوقف نظاما إسلاميا، ويمثل أحد الصّدقات التي يتقرب بها العبد إلى ربه، لذلك أوجب ضرورة الالتزام بالأحكام الشرعية في إنشائه وإدارته واستثماره، على نحو يضمن المحافظة على أصوله واستغلاله استغلالا أمثلا لتحقيق أهدافه الاقتصادية والاجتماعية. الأمر الذي جعل المشرع يستحدث صيغا جديدة في القانون، منها ما هو خاص بالأراضي المبنية ومنها ما هو متعلق بالأراضي الفلاحية، استمدّها من الفقه الإسلامي، على غرار عقد المزارعة والمساقاة والحكر والمرصد والاستصناع ... الخ، غير أنه اكتفى فقط بإيراد تعاريف عامة لها دون أن يقرّر أحكامها أو حتى يحدد المذهب الفقهي الواجب إتباعه، مما يستوجب معه الرجوع إلى الفقه والبحث في واقع تطبيقاتها في انتظار تقنين هذه الأحكام من طرف المشرع.

الكلمات المفتاحية:

آليات الاقتصاد الإسلامي، استثمار الأوقاف، المزارعة، المساقاة، الحكر.

Abstract

The Waqf (Islamic Endowment) is a sort of charity which can bring Muslim closer to Allah. Waqf is an Islamic system, which means that to preserve its principles and to exploit its resources optimally to achieve the economic and social objectives; it needs to comply in its creation, management, and investment with the provisions of Islamic law. For this reason, the legislator introduced new legal provisions based on Islamic Jurisprudence like sharecropping contract, Irrigation contract, Grant of land,, Istisna'a to govern the built lands or agricultural ones. Nevertheless, he provided only general definitions of these legal dispositions without codifying them or determining the religious school must be following. Therefore, the Algerian legislator to codify these provisions should refer to the Islamic jurisprudence and examining their applications in reality.

Key words:

Mechanisms of Islamic economy, investment of Awqaf, sharecropping contract, Irrigation contract, Grant of land.

مقدمة

لعبت مؤسسة الوقف دورا هاما على كافة المستويات الاقتصادية والاجتماعية والثقافية خلال الوجود العثماني في الجزائر، ثم تراجع هذا الدور بشكل ملفت بعد دخول الاستعمار الفرنسي، الذي عمل على مصادرة الأملاك الوقفية والاستيلاء عليها لإحقاقها بدومين الدولة.

ظلت الأوقاف بعد الاستقلال تشهد فراغا قانونيا جعلها عرضة لمختلف التجاوزات من طرف مؤسسات الدولة والخواص على حد سواء، إلى أن صدر دستور 1989 الذي تضمن قاعدة أساسية لحماية الأملاك الوقفية، وتوالت بعد ذلك القوانين والمراسيم والقرارات التي عززت من الاهتمام بقطاع الأوقاف، ومكنت إلى حد بعيد من تنظيمه واسترجاع بعض ما ضاع منه.

هذا ما دفع بالمشروع إلى التفكير في إعادة النظر في طرق استثمارها وتنمية أموالها على نحو يجعلها أكثر نفعا وخدمة للصالح العام، لأنه كان يعتمد قبل ذلك على عقد الإيجار كطريقة وحيدة للاستثمار مهما كانت طبيعة الملك الوقفي فلاحيا أو مبنيا. مدركا أن الكم الهائل من الأراضي والعقارات والمحلات التجارية الوقفية، يمكن أن تشكل موردا أساسيا لتمويل العديد من المشاريع الاقتصادية والقطاعات الخدمية، واستثمارها ضروريا لتحقيق التنمية. ولأن الوقف نظاما إسلاميا يمثل أحد الصدقات التي يتقرب بها العبد إلى ربه، أوجب ضرورة الالتزام بالأحكام الشرعية في إنشائه وإدارته واستثماره، على نحو يضمن المحافظة على أصوله واستغلاله استغلالا أمثل لتحقيق أهدافه الاقتصادية والاجتماعية. الأمر الذي جعل المشروع يستحدث صيغا جديدة في القانون، منها ما هو خاص بالأراضي المبنية ومنها ما هو متعلق بالأراضي الفلاحية، استمدها من الفقه الإسلامي، على غرار عقد المزارعة والمساقاة والحكر والمرصد والاستصناع ... الخ.

وسنحاول من خلال هذه الورقة البحثية البحث في ماهية الآليات الإسلامية التي تبناها المشروع الجزائري في استثمار الأراضي الفلاحية الوقفية، وما هو واقع وأفاق تطبيقات هذه الآليات؟ وذلك في خطة تناول في المحور الأول منها آليات استثمار الأراضي الوقفية الصالحة للزراعة، أما المحور الثاني فنخصه لاستثمار أراضي الوقف البور وفي المحور الثالث واقع وأفاق تطبيقات آليات استثمار الأوقاف.

المحور الأول

آليات استثمار الأراضي الوقفية الصالحة للزراعة

لم ينص المشروع الجزائري قبل صدور القانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف¹ على عقود استغلال الأراضي الفلاحية (المزارعة والمساقاة)، إلا أنه تجدر الإشارة إلى أنها كانت معروفة ومتناولة في أوساط المجتمع الجزائري، وكان يصطلح عليها "كراء المناصفة"، حيث استمدت هذه العقود مصدرها من أحكام الفقه الإسلامي ثم تبلورت في شكل أعراف فلاحية، كان لها الدور في خلق قواعد الاستغلال الفلاحي بكل أنواعه. ويخضع كلا من عقد المزارعة والمساقاة لنفس الأحكام، كونهما من الاستغلال الفلاحية، ويكمن الاختلاف بينهما في أن الأول يقع على الأرض الزراعية، والعقد الثاني يرد على الأراضي المشجرة.

والجدير بالملاحظة أن المشروع الجزائري حينما قن هذه العقود اكتفى بتعريفها فقط، دون أن يفصل في أحكامها، وأحالتها في المادة الخامسة من نفس القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الأوقاف، والكيفيات التي حددها القانون 07/01 المعدل والمتمم لقانون الأوقاف، والأحكام القانونية غير المخالفة له وعليه سنحاول دراسة هذه الأحكام وفقا لذلك.

أولا/ النظام القانوني لعقد المزارعة.

دراسة أي عقد تقتضي تحديد ماهيته والآثار المترتبة عليه.

01- ماهية عقد المزارعة.

نستعرض بداية التعريف القانوني لعقد المزارعة لنحدد من خلال ذلك الطبيعة القانونية له والأركان التي يتطلبها لينشأ صحيحا. عرّف المشروع المزارعة في الفترة الأولى من المادة 26 مكرر 1 من القانون 07/01 السالف الذكر بقوله: " يقصد بعقد المزارعة إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال مقابل حصة من المحصول يتفق عليها عند إبرام العقد " ². لقد جاء هذا التعريف مطابقا لتعريف مذهب الحنفية، لأن المزارعة عندهم هي إجارة الأرض أو العامل ببعض الخارج.³ إلا أن المشروع قصرها على إجارة الأرض فقط بقوله " إعطاء الأرض للمزارع ...".

¹. القانون 07/01 المؤرخ في 2001/05/22 المعدل والمتمم للقانون 10/91 المتعلق بالأوقاف جريدة رسمية، عدد 29.

² يرى غالبية الفقهاء أن المزارعة تسمى مخابرة، ويقال أنها مشتقة من خير لأن الرسول صلى الله عليه وسلم دفع أرض خبير مزارعة، فسميت المزارعة كذلك، وتسمى أيضا بالمحاقلة وهي مشتقة من حقل وهو الزرع الذي تشعب قبل أن يغلظ ساقه. ينظر عبد الله بن محمود بن مودود: الاختيار لتحليل المختار، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان بدون سنة الطبع، ص 74

ومن الفقهاء من يرى أنها من الشركات وهناك من كيفها أنها إيجار ابتداء وشركة انتهاء⁴. أما المشرع فلم يبين الطبيعة القانونية لعقد المزارعة صراحة، والواضح من التعريف أنه اعتبرها من الإيجارات الفلاحية وذلك للاعتبارات التالية:

- أنه اعتمد تعريف المذهب الحنفي القائل بأن المزارعة إيجار.
- أن المزارعة عقد وراود على المنفعة "إعطاء الأرض للمزارع للاستغلال".
- حق المزارع حق شخصي يستمد مصدره من العقد، فلا يتمكن المزارع من الانتفاع إلا إذا أخلى صاحب الأرض بينه وبين الأرض.

ويتطلب قيام عقد المزارعة مجموعة من الأركان يمكن استخلاصها من تحليل المادة السابقة هي:

- أطراف عقد المزارعة ناظر الوقف نيابة عن الوقف لتمتع هذا الأخير بالشخصية المعنوية، والمزارع الذي يشترط فيه أن يحترف العمل الزراعي، ما يعني أن الشخصية المزارع محل اعتبار عند التعاقد.
- حصول كل متعاقد على حصة من محصول الأرض محل العقد مقابلا على ما قدمه. وقد قرر الفقهاء في هذا الشأن أن استغلال الوقف بالإيجار العادي أو المزارعة أو المساقاة أو غيرها لا يجوز أن يكون بأقل من أجر المثل، وإذا حصل ذلك ترفع الأجرة إلى أجر المثل⁵.

- تحديد حصة كل متعاقد حسب الاتفاق ويكون ذلك عند إبرام العقد.
- محل عقد المزارعة الأرض الموقوفة، والبذر الذي يشترط بيان مقداره وجنسه.

هذا ولم يتطرق المشرع إلى مدة العقد والفتوى على رأي المتأخرين أن المدة ثلاث سنوات في الأرض الزراعية الموقوفة، وإذا اقتضت الضرورة أكثر من هذه المدة يرفع الأمر إلى القاضي⁶.

(02)- آثار عقد المزارعة.

ما دامت المزارعة من الإيجارات فإنها ترتب من الآثار ما يترتب عقد الإيجار⁷.

أ) التزامات ناظر الوقف.

الالتزام الأساسي لناظر الوقف هو تمكين المزارع من الانتفاع بالأرض الموقوفة، هذا الالتزام تنفر عنه التزامات تفصيلية أخرى، هي تسليم الأرض وملحقاتها في حالة صلاحة للانتفاع و تعهد الأرض بالصيانة و ضمان التعرض و ضمان العيوب الخفية.

ب) التزامات المزارع.

أهم التزامات المزارع هو زراعة الأرض و يقتضي ذلك قيامه بمجمل الأعمال الزراعية بقلب الأرض وحرثها، التثنية وهي قلب الأرض مرتين، والسقي و غيرها من الالتزامات كالمحافظة على الأرض وملحقاتها والالتزام بالإصلاحات التأجيرية كتنظيف وصيانة الترع والمساقى والمراوي. والمباني المعدة للاستغلال، وعدم عقد المزارعة من الباطن أو التنازل عنها، فقد نصت المادة 54 من قانون التوجيه العقاري الجزائري صراحة على خطر الإيجار الفرعي للأراضي الفلاحية خشية المضاربة فيها، فضلا على أن شخصية المستأجر في

³ - اعتبر المالكية المزارعة شركة في الزرع أما الحنابلة والشافعية فلم يضعوا لها تكييفاً، واشتروا أن يكون البذر من المالك، يراجع الإمام سيد أحمد الدريدري الشرح الصغير، مؤسسة المنشورات الإسلامية بدون سنة، ص197.

⁴ - محمد زكي عبد البر: تحفة الفقهاء، عني بطبعه و نشره خادم العلم عبد الله بن إبراهيم الأنصاري، بدون سنة ص 444.

⁵ - زهدي يكن: أحكام الوقف في الشريعة و القانون، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، بيروت-لبنان، الطبعة 1388هـ، ص96.

⁶ - المرجع نفسه، ص 81.

⁷ - راجع المواد: 479 إلى 507 من القانون المدني الجزائري.

الإيجارات الفلاحية محل اعتبار، ومعيار اختيار المزارع معيار شخصي أساسه الثقة والكفاءة. ويلتزم المزارع أيضا بأن يسلم للوقف حصته من المحصول و حسب النسبة المتفق عليها، ويقدم الناظر مخالصة له عن ذلك وآخر التزام على عاتق المزارع هو رد الأرض وملحقاتها بالحالة التي تسلمها.

إن أهم ما يعكس الطبيعة الخاصة لعقد المزارعة هو الالتزامات المشتركة بين طرفي العقد وهي:

- تقسيم نفقات السماد والمبيدات ، ونفقات الحصاد، الدياس والتذرية والرفع إلى البيدر على قدر نصيبها من الناتج⁸.
- تحمل تبعة الهلاك بسبب القوة القاهرة⁹.

(3) انتهاء المزارعة.

تنتهي المزارعة في الحالات التالية:

انتهاء المزارعة بانتهاء المدة المحددة، وقد يتزامن ذلك مع تمام نضج المحصول، و قد تنتهي المدة المحددة و المحصول لم ينضج بعد، وفي هذه الحالة يحق للمزارع أن يبقى في الأرض إلى غاية نضج المحصول وعليه مقابل ذلك دفع أجر المثل قدر حصته. وقد تنتهي المزارعة قبل انتهاء المدة المحددة إذا اعترضتها أسباب كوفاة المزارع، أو الفسخ في حالة الإخلال بالالتزامات، كما قد يفسخ العقد بقوة القانون عند هلاك المحصول بالقوة القاهرة.

ثانيا/ النظام القانوني لعقد المساقاة.

سنكتفي في دراستنا لعقد المساقاة بالتركيز على الأحكام التي تميزها عن عقد المزارعة، يتعلق الأمر بالمحل الذي يرتب أثارا خاصة.

(1) - التعريف القانوني لعقد المساقاة.

عرّفت الفقرة الثانية من المادة 26 مكرر 1 من القانون 07/01 عقد المساقاة بأنه: " إعطاء الشجر للاستغلال لمن يصلحه مقابل جزء معين من الثمر"¹⁰.

وعليه، نستنتج من تعريف المادة ما يلي:

- تبني المشرع تعريف الحنفية مثلما فعل في تعريفه لعقد المزارعة.
- محل المساقاة الشجر مهما كان نوعه (نخيل، كرم...).
- ما هية العمل المتعاقد عليه هو استغلال الشجر بالقيام بكل الأعمال التي تساهم في تنميته.
- مقابل خدمة الشجر جزء معلوم من ثمر الشجر نفسه.

(2) - شروط المساقاة.

اختلف الفقهاء في المحل الذي تصلح عقد المساقاة عليه، فمنهم من أوجبها في الشجر دون الزرع ومن أوجبها في نوع معين من الشجر دون الآخر¹¹.

⁸ . العلامة الهمام مولان الشيخ نظام: الفتاوى الهندية في مذهب الإمام أبي حنيفة النعمان، دار إحياء التراث العربي، الطبعة الرابعة، 1406هـ/1986، ص237.

⁹ . الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكسائي الحنفي: كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان - الطبعة الثانية 1406هـ/1986، الجزء الخامس، ص 181.

¹⁰ . المساقاة أصلها مفاعلة مع أن السقي هنا واقع من العامل فقط واستعمال هذه الصفة كان لوجود العقد الذي لا يكون إلا من اثنين، ينظر محمد جمعة عبد الله: الكواكب الذرية في الفقه المالكي: مكتبة الكليات الأزهرية، طبعة الثالثة-1401هـ/1981، ص 270.

أما موقف المشرع الجزائري فقد خص المساقاة بالشجر دون الزرع، ولكنه لم يقصرها على نوع معين من الشجر دون الآخر، وإنما جاء النص مطلقاً على النحو التالي: « عقد يقصد به إعطاء الشجر للاستغلال ... ».

(3) - آثار عقد المساقاة.

القاعدة في المساقاة أن ما كان يعود بالفائدة على الأرض وما يتكرر كل سنة يكون على المالك (الوقف) كحفر الآبار وبناء الأسوار ونحوها، وما يعود بالفائدة على الشجر، ويتكرر كل سنة يكون على العامل، وما يعود بالنفع على الأرض والشجر يكون عليهما معا. يلتزم العامل في المساقاة بكل أعمال خدمة الشجر، التي تساهم في وجود الثمار ونموها كما يلتزم بالمحافظة على الأرض وملحقاتها.

المحور الثاني

آليات استثمار الأراضي الموقوفة البور

لقد خص المشرع الأراضي الفلاحية البور بعقد الحكر، الذي يعتبر ضرب من ضروب الإجارة الطويلة، اقتضته الضرورة وهو يستمد مصدره أيضاً من أحكام الفقه الإسلامي¹².

أولاً/ التعريف القانوني لعقد الحكر.

عرفت المادة 26 مكرر 2 الحكر كما يلي: " يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة العاطلة بعقد الحكر الذي يخصص بموجبه جزء من الأرض العاطلة للبناء و/ أو للغرس لمدة معينة مقابل دفع مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد، مع التزام المستثمر بدفع إيجار سنوي يحدد في العقد مقابل حقه في الانتفاع بالبناء و/ أو الغرس وتوريثه خلال مدة العقد، مع مراعاة أحكام المادة 25 من القانون 10/91 المؤرخ في 12 شوال عام 1411 الموافق 27 أبريل سنة 1991 والمذكور أعلاه."

ما يمكن استخلاصه من نص المادة أن الحكر كآلية للاستثمار في الوقف، هو عقد يعطي بموجبه ناظر الوقف لمستثمر، أرض الوقف الخربة أو التي هي في حاجة إلى إصلاح للانتفاع بما مدة محددة¹³، بقصد تعميرها أو إصلاحها بأن يقيم عليها مبان أو أغراس مقابل دفعه مبلغ يقارب قيمة الأرض الموقوفة وقت إبرام العقد و أجرة سنوية تحدد في العقد¹⁴.

وللمحتكر أن يتصرف في حق الحكر بجميع أنواع التصرفات خلال مدة العقد، فله أن يبيعه أو يهبه أو يرتب عليه حق الانتفاع وله أن يؤجره للغير كما ينتقل عنه بالميراث¹⁵.

ثانياً: شروط الحكر.

11. الحنفية والمالكية قالوا أن السنة في المساقاة عندهم أنها تكون في أصل كل نخل أو حرم أو زيتون أو رمان وما شابه، في حين ذهب الشافعية إلى أن محل المساقاة النخل والعنب فقط، ينظر أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة: المغني لابن قدامة، مكتبة القاهرة لصاحبها علي يوسف سليمان، بدون سنة، ص29.

12. نص المشرع الجزائري على نوعين من الإيجارات الطويلة استمدها من الشريعة الإسلامية وقصرها على الأملاك الوقفية وهما عقد الحكر وعقد المرصد الذي خص به الأراضي الموقوفة المبنية الخربة المادة 26 مكرر 5 من القانون 07/01.

13. اشترط المشرع في المدة أن تكون محدودة دون أن ينص على مدة محددة وقد ترك ذلك للاتفاق، وهو ما يعني تكريس تأقيت الحكر. مع أن الفقه الإسلامي يميز الحكر لمدة غير محدودة غير أن بعض التشريعات العربية جريا منها على التضييق من الحكر جعلت له مدة محددة خشية أن يكون في حكم المؤبد شفيق طعمة: أديب الاستنواي: التقنين المدني السوري، نصوص قانونية، أعمال تحضيرية، مذكرات المشروع التمهيدي، اجتهاد قضائي تعليقات فقهية، المكتبة الوطنية دمشق، الطبعة الثانية 1991م، ص751، ومحمد وحيد الدين سوار: الحقوق العينية الأصلية (شرح القانون المدني الأردني)، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، سنة 2001، ص420.

14. بالرجوع إلى الفقه الإسلامي وهو مصدر شرعة الحكر نجده قرر أن أجرة الحكر لا يجوز أن تقل عن مثل الأرض المحكرة خالية مما يقيمه المحتكر فيها.

15. نبيل سعد إبراهيم: الحقوق العينية الأصلية أحكامها و مصادرها الناشر: منشأة المعارف بالإسكندرية، جلال حمزي و شركاه.

وقد جعل الفقهاء شروط خاصة لإنشاء الحكر على الوقف ليس لسواها من الأموال لأنها أملاك رصدت على أوجه البر والخير، فكان الاحتياط لها واجبا لحمايتها والحفاظة عليها، فذهبوا إلى تجنب الحكر إلا عند الحاجة والضرورة، ويكون ذلك وفقا لإجراءات وشكل معين يكفل الحماية.

أ) - مسوغات الحكر.

متى توفرت الشروط التالية جاز التحكير لوجود ضرورة ومصلحة¹⁶.

- إذا خربت الأرض الموقوفة وتعطل الانتفاع بها، ولم يكن للوقف ريع تعمريه.

- أن لا يوجد أحد يرغب في استثمارها مدة معينة، بأجرة معجلة لتصرف في إصلاحها.

- أن لا يمكن استبدال أرض الوقف، فإن أمكن ذلك كان أصلحا للوقف.

والظاهر أن المشرع الجزائري قد سلك مسلك باقي التشريعات العربية في الأخذ بهذه الشروط، وهو ما يفهم من نص المادة 26 مكرر 2 بقولها " يمكن أن تستثمر عند الاقتضاء الأرض الموقوفة بعقد الحكر".

ب) - إشهار عقد الحكر.

عملا بالمادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري، يجب أن ينعقد الحكر في شكل رسمي لأنه ينشئ حقا عينيا عقاريا، وزيادة على إخضاعه إلى الرسمية لا بد من إشهاره لدى المحافظة العقارية وذلك في السجل العقاري الخاص بالأملاك الوقفية¹⁷. والحكمة من الشهر تكمن في الاحتياط للوقف، حتى لا يظهر المحتكر بمظهر المالك ويدعي ملكية العقار الوقفي بمرور الزمن وتعاقب الأجيال.

ج) - تبرير الحكر.

لا يكفي الإشهار لإنشاء الحكر، بل يجب تطبيقا لأحكام الشريعة الإسلامية أن يستصدر ناظر الوقف إذن من القاضي المختص إقليميا، لأن الحكر يكاد أن يكون ضرب من ضروب التصرف لما يترتب من آثار، ولا يجوز التصرف كقاعدة عامة في الوقف إلا بإذن القاضي فضلا عن ذلك لا بد أن يتضمن هذا الإذن أن الحكر أمر اقتضته الضرورة و توفرت فيه الشروط السابقة¹⁸.

والمشرع الجزائري لم ينص على ضرورة الإذن ولكن قياسا على الاستبدال الذي يعتبره هو الآخر من قبيل التصرف في الوقف، اشترط فيه المشرع ضرورة تثبيت شروطه بقرار من السلطة المكلفة بالأوقاف بعد المعاينة والخبرة وهو ما نرى تطبيقه على عقد الحكر.

ثالثا: آثار عقد الحكر.

متى كان الحكر صحيحا فإنه ينشأ للمحتكر حقا عينيا أصليا على منفعة الأرض المحكرة، وسمي هذا الحق بحق الحكر أو حق القرار¹⁹.

أ) - حق المحتكر على البناء والغرس.

¹⁶ . محمد أبو زهرة: الحكر، مجلة القانون والاقتصاد للبحث في الشؤون القانونية والاقتصادية من الوجهة المصرية، مطبعة النووي، السنة الخامسة، العدد السابع، 1935، ص 95.

¹⁷ . تنص المادة 8 مكرر من القانون 07/01 على (تخضع الأملاك الوقفية لعملية جرد عام حسب الشروط والكميات والأشكال التنظيمية المحمول بها. يحدث لدى المصالح المعنية لأمالك الدولة سجل عقاري خاص بالأملاك الوقفية تسجل فيه العقارات الوقفية تنشر السلطة المكلفة بالأوقاف بذلك تحدد كميات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم).

¹⁸ . نبيل سعد إبراهيم المرجع سابق، ص 250.

¹⁹ . الإمام علاء الدين الكساني : مرجع سابق ، ص 115 .

المقرر شرعا أن البناء أو الغراس الذي ينشؤه المحتكر على الأرض المحركة يكون ملكا له²⁰. غير أن المشرع ذهب إلى عدم أحقية المحتكر في تملك ما يقيم على الملك الوقفي وذلك بصريح نص المادة 26 مكرر 2 التي نصّت على أنه: "... مقابل حقه في الانتفاع بالبناء والغراس ...".

وعليه فحق المحتكر على الأبنية والغراس ينحصر في الانتفاع مدة العقد، وهو ما تؤكدته المادة 25 من القانون 10/91، حين اعتبرت كل تغير مهما كان نوعه في الملك الوقفي يلحق بالوقف، وكل حالة مخالفة لهذه الأحكام تسوي عن طريق التراضي بين السلطة المكلفة بالأوقاف والمعني.

(ب) - توريث حق القرار.

إذا توفي المحتكر قبل انتهاء المدة، فإنه ورثته يحلون محله في المدة المتبقية، وعليه فالوفاة لا تنهي حق القرار مثلما هو الشأن في حق الانتفاع العادي، ويبدو أن الحكمة من ذلك إنما هو نظير لما يبذله المحتكرين من مجهود في إصلاح الأرض بعد أن كانت بورا، فكان الأولى أن ينتفع بها ورثته من بعده مدة العقد.

المحور الثالث

واقع تطبيقات آليات الاستثمار المقتنة

على الرغم من تقنين آليات الاقتصاد الإسلامي لتثمين وتنمية الأملاك الوقفية، إلا أن استثمار الوقف في المجال الفلاحي لم يعرف إلى غاية يومنا هذا تطبيقات ميدانية، ذلك أن الوتيرة التي تسير بها هذه العقود ضعيفة جدا، لا ترقى لأن تكون مشاريع وقفية استثمارية. وتعود محدودية تطبيقات هذه الآليات لجملة من الأسباب نوجزها فيما يلي:

- لعل أهم سبب في بطئ وتيرة تطبيق عقود الاستثمار المقتنة، يعود بالدرجة الأولى إلى طريقة التقنين نفسها، حيث اقتصر المشرع على تعريفها تاركا مسألة التفصيل إلى الفقه الإسلامي الأمر الذي يطرح عند التطبيق عدة عوائق على أرض الواقع لوجود آراء فقهية مختلفة بين المذاهب الأربعة في مجال الوقف لا يسعنا المقام لذكرها.

- شهدت آليات الاستثمار بعد تقنينها في القانون 07/01 فراغا قانونيا كبيرا، حيث لم يتم توضيحها وتبيين وسائل تفعيلها على أرض الواقع، إذ كان من الضروري إصدار نص تنظيمي يبين كيفية ذلك، لإخراجها من التصورات النظرية إلى ميدان التطبيقي، حيث تأخر هذا النص ولم يصدر إلا بعد أربعة عشرة سنة، وهو المرسوم التنفيذي رقم 70/14 مؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1435، الموافق لـ 10 فبراير 2014 المحدد لشروط وكيفية إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة²¹.

- وجود تضاربا صارخا بين النصوص القانونية الناطقة للوقف من الناحية العملية، الأمر الذي أفرز إشكالات قانونية ميدانية، فبعد أن أوكل المشرع مهمة التسيير المباشر للملك الوقفي لناظر الوقف، الذي يتم اختياره من عامة الناس بشروط قانونية، إذا لم يحدده الواقف في كتاب الوقف، نجد في قانون استثمار الوقف 07/01 المادة 26 مكرر 2 يعطي للسلطة المكلفة بالأوقاف حق إبرام العقود، مما يثير الالتباس حول نظرة الملك الوقفي لمن تؤول؟ خصوصا عندما يتعلق الأمر بتمثيل الوقف أمام القضاء في المنازعات الناجمة عن الاستثمار، لأن الدعاوى القضائية في الواقع ترفع باسم السلطة المكلفة بالأوقاف، في حين أن الأصح ترفع باسم الوقف باعتباره شخصية معنوية تتمتع بأهلية التقاضي، مثلا في شخص الناظر.

²⁰. شفيق طعمة: مرجع سابق، ص 19.

²¹. المرسوم التنفيذي رقم 70/14 مؤرخ في 10 ربيع الثاني عام 1435، الموافق لـ 10 فبراير 2014 المحدد لشروط وكيفية إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة، جريدة رسمية عدد 09.

- المتأمل في مجمل الآليات التي تطرقنا لها يجد رغم تعددها وتنوعها، إلا أنها لا تخرج في مضمونها عن عقد الإيجار، تكون فيه الأجرة أحيانا نقدية كعقد الحكر، وتكون عينية كما هو الشأن في المزارعة والمساقاة، وهو ما جعل المشرع يدور في حلقة مفرغة، لأنه اعتمد في بدايات إعادة اهتمامه بالأوقاف سنوات التسعينيات عقد الإيجار كطريقة وحيدة للاستغلال الأوقاف بشكل عام، ليفصح عن صيغ جديدة ومسماة، عديدة ومتنوعة، ثم يعود سنة 2014 بموجب المرسوم التنفيذي 70/14 السالف الذكر ليحدد شروط وكيفيات إيجار الأراضي الوقفية المخصصة للفلاحة دون التطرق إلى الصيغ التي استحدثها في قانون استثمار الأوقاف.

- واقع الاستثمار الميداني بالنسبة للصيغ المقننة في المجال الفلاحي يبقى مجرد طرح نظري يراوح مكانه، حيث اقتضت الاستثمارات، إن صح أن نسميها كذلك على صيغة الإيجار ومراجعة أسعاره، التي ظلت دائما ضعيفة مقارنة بأسعار السوق. والجدول التالي يوضح تطبيقات صيغ الاستثمار.

صيغ الاستثمار	النسبة المئوية
صيغة الإيجار	69,42%
صيغ أخرى	22,88%
غير مستغلة	7%

المصدر وزارة الشؤون الدينية والأوقاف.

- صيغ الاستثمار المقننة، هي في الحقيقة صيغ تقليدية على الأقل في نظر الفقه الإسلامي تعتمد على التمويل الذاتي أي على القدرات والإمكانات الذاتية المتاحة للمؤسسة الوقفية، هذا النوع من التمويل يتصف بقلّة السيولة، والأموال السائلة المتوفرة من غلتها الضئيلة لا تكاد تغطي نفقات الصيانة والمراقبة والصرف على الجهة الموقوف عليها، ما يوحي بضعف الموقف المالي، مما يدفعنا للقول أن هذه الصيغ لا تلبي الحاجيات التي نجمت عن المعاملات المعاصرة، الأمر الذي دفع بباحثي الاقتصاد الإسلامي المعاصر بالتعاون مع هيئات الفتوى، والرقابة الشرعية والجامع الفقهي ومؤتمرات البحوث الوقفية إلى البحث عن صيغ تمويل خارجي يتفق مع الأحكام الشرعية، تحقق في نفس الوقت نموا وزيادة لموارد الوقف، والذي يتجسد في البحث عن شريك اقتصادي من داخل الوطن أو خارجه، يمول العملية الاستثمارية مقابل نسبة من الربح، كالجوء للجمهور أو إلى المصارف الإسلامية كالبنك الإسلامي للتنمية.

- وحسب إحصائيات وزارة الشؤون الدينية والأوقاف، تقوم حاليا إدارة الأوقاف بجملة من المشاريع الاستثمارية تشكل في مجملها استثمارات مالية خارج مجال الفلاحة تتمثل في مشروع طاكسي الوقف عبر شركة خاصة أطلق عليها اسم ترانس الوقف، مشروع دار الإمام بالمحمدية بالجزائر العاصمة موجه لتطوير معارف الأئمة، مشاريع خاصة بالحرف والصناعات التقليدية، مشاريع أخرى قيد الانجاز، يتعلق الأمر بالجامع الأعظم، ومشروع مركب وقفي يشمل مساكن ومستشفى ومحلات تجارية وفندق ومكتبة ومسجد وموقف لسيارات.

خاتمة:

إن اهتمام المشرع الجزائري بتنمية واستثمار الأملاك الوقفية عامة والأراضي الفلاحية خاصة جعل القانون 07/01 انطلاقة إيجابية في هذا المجال وقد أحسن المشرع عملا عند تقنينه لآليات الاقتصاد الإسلامي في مجال تنمية وتثمين الأملاك الوقفية كون أن الوقف نظام إسلامي له ضوابط وأحكام تتماشى و هذه الطبيعة الخاصة فكان لزاما أن يتم تنميتها في نفس الإطار.

غير أن ما يؤخذ على المشرع في عملية التقنين أنها جاءت مقتضبة جدا لأنه اقتصر على تعريف آليا الاستثمار فقط دون أن يكلف نفسه مهمة التفصيل في أحكامها واكتفى فقط بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية في مجال الوقف الأمر الذي يطرح صعوبات جمة عند التطبيق على أرض الواقع لاسيما مع اختلاف فقهاء المذاهب الأربعة حول أحكام الوقف.

ومن ناحية أخرى رغم استحداث صيغ جديدة للاستثمار بموجب هذا القانون إلا أنه عمليا الاستثمار الأكثر تطبيقا في مجال الأراضي الفلاحية الموقوفة هو الإيجار العادي وحسب الإحصائيات السابقة ما يقارب 8% من الأملاك الوقفية دون استغلال ما يطرح التساؤل عن أسباب عدم تطبيق عقد الحكر عليها ويقابله عقد المرصد في الأراضي الوقفية المبنية.

لذلك لابد أن يولي المشرع اهتماما أكبر بهذه العقود وتفصيلها تفصيلا كاملا بنصوص قانوني محكمة تتوافق وطبيعة الأعيان الوقفية وتحقق ما تتطلبه التنمية الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع.

إستراتيجية اللّجنة الدّولية للصّليب الأحمر في تطوير العمل الإنساني ICRC strategy to develop humanitarian action

د. مسيكة محمد الصّغير، أستاذ محاضر قسم (أ)،

معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/25 / تاريخ المراجعة: 2018/11/10

ملخص :

لقد ظلّت اللّجنة الدولية للصليب الأحمر منذ تأسيسها تمارس نشاطها كمؤسسة إنسانية محايدة وبمثابة وسيط وطرف محايد بين الأطراف المتنازعة زمن النزاعات المسلحة بنوعيتها، ومنذ أن أقرتها اتفاقيات جنيف والمؤتمرات الدولية للصليب الأحمر، أضحت منظمة دولية غير حكومية لها وضعها الخاص وذلك انطلاقاً من أحكام القانون الدولي العام من تفويض من أجل تحقيق أهدافها السامية والمتمثلة في توفير الحماية في أوقات النزاعات المسلحة والمساعدة لفائدة الضحايا جراء الحروب.

الكلمات المفتاحية:

إستراتيجية، الصليب الأحمر، العمل الإنساني، اللجنة الدولية.

Abstract:

Since its establishment, the International Committee of the Red Cross (ICRC) has been active as a neutral humanitarian institution and as a neutral intermediary between the conflicting parties in times of armed conflict. Since its adoption by the Geneva Conventions and the International Conferences of the Red Cross, Of the provisions of public international law from a mandate to achieve its lofty goals of providing protection in times of armed conflict and assistance to the victims of war.

Keywords:

Strategy, Red Cross, Humanitarian Action, ICRC

مقدمة:

لقد كان لازدياد حجم منظومة العمل الإنساني الدولي أكثر من أي وقت مضى من حيث المواد المالية والبشرية إلى جانب التباين الحاصل بين الكثير من الوكالات الإنسانية من حيث القدرة في تأدية المهام، والاستجابات الدولية للأزمات الإنسانية مراراً، بالإضافة إلى باقي تحديات العمل الإنساني إلى استجابات إنسانية، ومن ثمة فإن إستراتيجية العمل الإنساني تركز على مجهودات كل من الجهات الفاعلة الإنسانية التقليدية؛ كالأمم المتحدة والمنظمات الدولية غير الحكومية على حدّ سواء على غرار اللجنة الدولية للصليب الأحمر .

وعليه سعت اللجنة الدولية للصليب الأحمر وفق إستراتيجية مُحكمة على تطوير عملها الإنساني بمختلف أشكاله، وفي شتى المجالات إلى عملها على مواجهة العواقب الواسعة النطاق التي ميّزت مجال العمل الإنساني، بحيث ارتكز هذا الدور على جملة من المقترحات قصد تلبية احتياجات ضحايا الأزمات الإنسانية، ومنه طرح الإشكالية التالية: ما هي إستراتيجية اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تطوير عملها الإنساني ؟. ولعلاج هذه الإشكالية نتطرق إليها في المحورين التاليين: (الأول): نجح اللجنة الدولية للصليب الأحمر في أداء مهامها الإنسانية، (الثاني): أسلوب تطوير العمل الإنساني من منظور اللجنة الدولية للصليب الأحمر.

المحور الأول

منهج اللجنة الدولية للصليب الأحمر في أداء مهامها الإنسانية

إنّ اللجنة الدولية للصليب الأحمر جمعت بين مناهج أربعة من أجل احترام حياة وكرامة ضحايا النزاعات المسلحة وغيرها، لذلك سنعمل على تبيان هذه المناهج الأربعة، والمتمثلة في منهج الحماية، ومنهج المساعدة، ومنهج التعاون، وأخيرا منهج الوقاية.

أولاً: منهج الحماية.

يدخل في نطاق منهج الحماية الذي تتبعه اللجنة الدولية للصليب الأحمر لأداء مهامها الإنسانية، أي نشاط تقوم به، بهدف حماية الأشخاص الواقعيين في بؤر النزاعات المسلحة وذلك بغرض صون حقوقهم وإمدادهم بالمساعدة والعون وضمان سماع صوتهم¹، بالإضافة إلى كون اللجنة الدولية للصليب الأحمر، حارسا للقانون الدولي الإنساني، فإن الهدف من منهج الحماية ما يلي:

(01)- الهدف من الحماية ضمان قيام السلطات والأطراف الفاعلة الأخرى بالوفاء بالالتزامات التي تقع على عاتق اللجنة الدولية للصليب الأحمر بالإضافة لمراعاة حقوق المواطنين من دون تمييز، وهذا المنهج هو حماية حياة وكرامة ضحايا الحرب، وجميع حالات العنف الأخرى، والعمل على المحافظة على سلامتهم البدنية والعقلية.

(02)- يدخل في إطار الحماية أيضا الجهود المبذولة من أجل إنهاء ومواجهة الانتهاكات الفعلية أو المحتملة لإحكام القانون الدولي الإنساني أو غيره من القوانين الأخرى التي في مجمل أحكامها حماية الأشخاص في حالات العنف والنزاعات المسلحة.

(03)- تركيز منهج الحماية على البحث في أسباب والظروف التي دعت إلى حدوث هذه الانتهاكات المتكررة لإحكام القانون الدولي الإنساني والعمل على مخاطبة المسؤولين عنها، وكل طرف بإمكانه التأثير عليهم إلى جانب التركيز على الآثار الناجمة على مثل هذه الانتهاكات والتي تشمل حالات متعددة من التهديدات والجروح وسوء المعاملة والتعذيب والنزوح والقتل دون إغفال الآثار التي تترتب عن النزاعات المسلحة الطويلة الأمد، والتي كثيرا ما تتسبب في احتياجات حادة ومزمنة²، لذلك وفي إطار الحماية منهج الحماية إلى:

(أ)- العمل على التقليل من المخاطر التي يتعرض إليها يتعرض لها ضحايا النزاعات المسلحة أدنى حد ممكن.

(ب)- منع ما يلحق بهم من إساءة.

(ج)- سعي اللجنة الدولية إلى لفت انتباه ضحايا النزاعات المسلحة إلى حقوقهم والعمل على توصيل أصواتهم.

ولتوصيل هذه العناصر التي تدخل هي الأخرى في أساسيات منهج الحماية تعمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر على تذكير السلطات التي تجري على إقليمها النزاع المسلح بمسؤوليتها وواجباتها تجاه السكان المدنيين والأسرى والمقاتلين والجرحى والمرضى مع إعطاء الأولوية الدائمة لاحترام سلامتهم البدنية والعقلية وكرامتهم في جميع الحالات، كما أنه يدخل في منهج الحماية المتبع من اللجنة الدولية للصليب الأحمر ودورها في تأمين سير الوكالة المركزية للبحث عن المفقودين³ على تنفيذ النشاطات التالية تبادل المراسلات وتوجيه المعلومات.

¹ - أحمد سعيد السيد، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مهمتها وعملها، ط1، المركز الإقليمي للإعلام، القاهرة، 2010، ص 13.

² - بن سهلة ثاني بن علي، المساعدات الإنسانية بين شرعية التدخل والتعارض مع سيادة الدولة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة العربية المتحدة 2012، ص: 61

³ - توني بفنر، آليات ونهج لتنفيذ القانون الدولي الإنساني وحماية ومساعدة ضحايا الحرب، مختارات من اللجنة الدولية للصليب الأحمر، المجلة 91، العدد

ثانيا: منهج المساعدة.

تعتبر المساعدة جزء من مجموع الأنشطة التي تهدف إلى كفالة الاحترام الكامل لحقوق الفرد بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني هذا الأخير جعلها من أولويات ومسؤوليات الدولة المعنية بالنزاع أو حالة العنف واعتبارها من ضمن شؤونها الداخلية، بحيث تقع على الدول المتضررة المسؤولية الأولى على ضمان الحد من مخاطر الكوارث وتقديم مساعدات الإغاثة في أراضيها، كما أكدت أيضا على هذه المسؤولية الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها رقم 182/46.¹

وإن دعم دور الدولة المتضررة في هذه الحالة يفرض على المنظمات الإنسانية المبادرة بإنقاذ الفئات المتضررة من أي وضع أو ظرف استثنائي، سواء كان ذلك بالاستناد إلى اعتبارات أخلاقية مهامها الإنسانية ومبادئها الأساسية أو اعتبارات قانونية²، وتأتي مبادرة المنظمات الإنسانية الداعمة لدور الدولة المتضررة بصفة خاصة في حالة النزاع المسلح، تتجاوز قدراتها على مواجهتها وأنها غير قادرة على تلبية احتياجات الأشخاص المتضررين، وعليه فإن مباشرة اللجنة الدولية للصليب الأحمر لمنهجها الإغاثي أو تقديم المساعدات الإنسانية بموافقة الدولة المتضررة وحدها وبالإسناد مبدئيا، وهو ما تم النص عليه كذلك من خلال اتفاقيات جنيف الأربع لعام 1994 هذا يمكن تلخيص منهج المساعدة المعتمد من قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر فيما يلي:

(أ)- تهدف المساعدة إلى حماية حياة الأفراد والمجتمعات الوطنية التي تضررت جراء النزاعات المسلحة وحالة العنف الأخرى واسترداد كل منهم.

(ب)- إن أنشطة المساعدة تعنى على وجه الأساس بالآثار التي ترتبت على انتهاكات القانون الدولي الإنساني وباقي القوانين الدولية الأخرى ذات الصلة، كما أن هذه المساعدة من شأنها معالجة الأسباب الداعية لمثل هذه الانتهاكات و هذا من خلال أسلوب الحد من المخاطر ومن التعرض لها.

(ج)- تعطي أنشطة المساعدة الاحتياجات الأساسية التي لم تلب، سواء للأفراد أو للمجتمعات وفقا للمناخ الاجتماعي والاقتصادي السائد، كما أن هناك العديد من الاحتياجات المختلفة عن بعضها البعض إلا أن الاستجابات تعالج على وجه الخصوص المسائل المتعلقة بمجالات الصحة والمياه والمأوى والأمن الاقتصادي، وهذا من خلال توفير السلع والخدمات ودعم المرافق والخدمات القائمة، فضلا عن حث السلطات والجهات الفاعلة الأخرى على الاضطلاع بمسؤولياتها، ومن ثم فإن الاستجابة الإنسانية تختلف باختلاف الاحتياجات الإنسانية، لذلك فإنه من المستحيل عرضها في قائمة واحدة شاملة، باعتبار أنه كل حالة جديدة، تتطلب نوعا وأسلوبا جديدا للاستجابة، وهذا وتأخذ هذه الاستجابات بعين الاعتبار مسألة حماية البيئة³.

وعليه، فإن نهج المساعدة التي تتبعه اللجنة الدولية للصليب الأحمر يأخذ أشكالا مختلفة تختلف باختلاف نوع المجال الذي تقدم في إطاره المساعدة، وباختلاف الأوضاع ومن بين هذه الأشكال، المساعدات الغذائية والمساعدات الطبية وأنشطة المساعدة في مجال المياه والسكن.

وتجدر الإشارة إلى أن المساعدات العسكرية مستبعدة من مجال المساعدات الإنسانية وكل ما يتضمن توريد الأسلحة أو العتاد الحربي وغيرها من المعدات التي يمكن استغلالها واستخدامها أثناء النزاعات المسلحة، فهذا النوع من المعدات لا يعد من قبيل المساعدات

¹ - خالد منصور، إشكاليات العمل الإنساني الدولي، مجلة السياسة الدولية، العدد 169 سنة 2008، ص32

² - روهان هارد كاسل، في سبيل الاعتراف بحق الوصول إلى ضحايا الكوارث الطبيعية، المجلة الدولية للصليب الأحمر، العدد 38، سنة 1998، ص 76

³ - عماد جاد، التدخل الدولي الإنساني، مجلة أبحاث ودراسات، العدد 26، القاهرة، 2002، ص 54

الإنسانية، ولا يدخل في مجال العمليات الإنسانية الهادفة إلى إنقاذ الأرواح، وصون الكرامة البشرية، بل يعتبر عملا غير مشروع، وهذا وفقا لما قضت به محكمة العدل الدولية في قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية التي قامت بين الولايات المتحدة الأمريكية ونيكاراغوا¹.

ثالثا: منهج التعاون.

يُقصد به توجيه وتنسيق أنشطة الإغاثة الخاصة بالحركة الدولية ككل أثناء النزاعات المسلحة، وهذا عن طريق تعزيز وبناء شركات ثنائية مع الجمعيات الوطنية زمن النزاعات المسلحة، وبالأخص النزاعات المسلحة طويلة الأمد، والعمل على إقامة تعاون أكثر انتظاما مع الجمعيات الوطنية والتي تعمل داخل بلدانها بصفتها شريكا أوليا مع المحافظة على العلاقات الهيكلية والأساسية مع مجموعة من المنظمات الدولية والحكومية، وغير الحكومية، ومنظمة الأمم المتحدة سواء على المستويات المركزية أو الميدانية².

وعليه، فإنه يجري تنسيق الأنشطة التي تضطلع بها اللجنة الدولية بالتعاون مع غيرها من المنظمات الإنسانية الفاعلة في المجال الإنساني بغية تحسين حياة ضحايا النزاعات المسلحة، وحالات العنف الأخرى مع العلم وأن هذا التنسيق لا يمكن تحقيقه إلا بالقدر الذي يسمح به النهج الإنساني البحث والذي تتبعه اللجنة الدولية للصليب الأحمر كونها منظمة إنسانية محايدة ومستقلة وغير متحيزة وغير تابعة لأي كيان آخر أو مجموعة من الكيانات³.

وبناءً على الحركة الدولية والاتفاقيات الخاصة فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر تدير تنسق أنشطة الإغاثة الدولية في النزاعات المسلحة بنوعها الدولية وفي حالات النزاع الداخلي ونتائجها المباشرة، كما تعمل على تنسيق الأنشطة التي تهدف إلى إعادة الروابط الأسرية في جميع الحالات التي تتطلب استجابة إنسانية دولية طارئة، وبذلك يقع على عاتق اللجنة الدولية للصليب الأحمر مستويات المسؤولية.

المستوى الأول: القيام بالعمل الإنساني المستند من التفويض الخاص

الحقوق والالتزامات التي حددتها اتفاقيات جنيف لعام 1949 وبروتوكولاتها الإضافيين لضمان إغاثة ضحايا النزاعات المسلحة وحمايتهم، والتي احتفظت بها لنشاطات اللجنة الدولية للصليب الأحمر دون غيرها من المنظمات الإنسانية، ومن جملة النشاطات التي تدخل في إطار التفويض الخاص الممنوح للجنة الدولية للصليب الأحمر نجد ما يلي:

01- زيارة أماكن الاعتقال.

يحق لمندوبي اللجنة الدولية للصليب الأحمر الذهاب إلى جميع الأماكن التي يوجد بها أشخاص محميون، بالأخص أماكن الاعتقال والحجز والعمل بحيث يكون لهم حق الدخول إلى جميع المرافق التي يستعملها الأشخاص المحميون، ولهم أن يتحدثوا معهم وبدون تواجد أي رقيب، الأمر الذي ينطبق على حالة أسرى الحرب⁴.

02- جمع شمل العائلات.

تقع على عاتق اللجنة الدولية للصليب الأحمر مهمة أساسية، تتمثل في تذكير السلطات بواجبها بموجب أحكام القانون الدولي الإنساني ومجموعة القوانين الأخرى وذات الصلة، وهذا فيما يتعلق بالروابط العائلية والنهوض بالعمل المباشر في الميدان عند الاقتضاء وكلما دعت الحاجة إليه، لذلك فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر تأخذ في هذا الشأن بنهج شامل فيما يتصل وإعادة الروابط العائلية والحيلولة

¹ - وائل أحمد علام، التنظيم القانوني لأعمال الإغاثة الإنسانية في النزاعات المسلحة، العدد 52 القاهرة، 2012، ص 101

² - لامية أبو زيد، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في تعزيز العمل الإنساني، مجلة حقوق الإنسان، العدد الرابع، التربية على القانون الدولي الإنساني، بيروت 2014، ص 122

³ - بوجلال صلاح الدين، الحق في مساعدة الإنسانية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص 121.

⁴ - بوراس عبد القادر، التدخل الدولي الإنساني وتراجع مبدأ السيادة الوطنية، دار الجامعة الجديدة، الجزائر، 2009، ص 168

دون حدوث حالات الانفصال وإعادة اتصال بين أفراد العائلات، والعمل على كشف مصير الأشخاص الذين هم في عداد المفقودين وتقديم الدعم لعائلاتهم¹.

وعليه، فإنه يحق للعائلات التعرف على مصير أقربائهم، كما نصت اتفاقيات جنيف على وجود نظام يمكن من خلاله تلقي المعلومات وإرسالها إلى العائلات المفككة بحيث تقوم اللجنة الدولية للصليب الأحمر بترتيب تبادل الرسائل، كما أنها تتابع الأشخاص الذين اختفوا، وتجري هذه العملية في ظل ضمان مشدد لسرية المعلومات المتحصل عليها، وهذا راجع إلى حساسية الموضوع و حمايتهم من أي انتقام أو ابتزاز ضدهم.

(03)- مراقبة تنفيذ الاتفاقيات.

تتمتع اللجنة الدولية للصليب الأحمر بتفويض خاص يمكنها استلام أي شكوى تقوم على أساس ادعاءات بانتهاكات القانون الدولي الإنساني النافذ في النزاعات المسلحة.

أما المستوى الثاني: تنسيق العمليات الدولية التي تقوم بها مكونات الحركة الدولية².

ويمكن حصر الهدف من منهج التعاون الذي تعتمد عليه اللجنة الدولية للصليب الأحمر في نشاطها الإنساني فيما يلي:

(01)- تعزيز قدرات الجمعيات الوطنية على الاستجابة الميدانية قبل كل شيء في جميع البلدان المتأثرة أو من المحتمل أن تتأثر بالنزاعات المسلحة أو أي حالة من حالات العنف الأخرى، إلى جانب العمل على زيادة قدرات اللجنة على التفاعل مع الجمعيات الوطنية والعمل معها في إطار مبدأ الشراكة.

(02)- العمل على الارتقاء بالمهام الإنسانية التي تضطلع بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر ومكونات الحركة الدولية ككل من خلال السعي إلى تحقيق أفضل استفادة من التكامل القائم بين مهام ومهارات كل منها خاصة فيما يتعلق بالأنشطة الميدانية في مجالات الوقاية والحماية والمساعدة.

(03)- تنفيذ سياسات الحركة الدولية الممتدة في إطار اجتماعاتها النظامية وتعزيز قدراتها وقدرات الجمعيات الوطنية ومساعدتها على التمسك بالمبادئ الأساسية في جميع الحالات.

رابعا: منهج الوقاية.

يهدف عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر الوقائي إلى احتواء الآثار الضارة للنزاع المسلح و تقليصها إلى الحد الأدنى ، ذلك أن روح القانون الدولي الإنساني في استخدام القوة باعتدال، وعلى نحو متناسب مع الأهداف، ومن ثمة تسعى اللجنة الدولية إلى تعزيز النطاق الكامل للمبادئ الإنسانية لتحد من أسوأ تجاوزات الحرب³. هذا وبالرغم من أن العمل الوقائي الذي تنتهجه اللجنة الدولية للصليب الأحمر يخضع للعديد من التفسيرات المختلفة، إلا أنّ هذا المنهج يتضمن العناصر التالية و التي تكون موجودة دائما، ولكن بدرجات متفاوتة تبعا للموقف وهي⁴:

¹ - جورج أبي صعب، اتفاقيات جنيف 1949، بين الأمم واليوم، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، العدد 09، 2000، ص 107

² - محمد أحمد عبد الحميد، الحماية الأمنية للمدنيين تحت الاحتلال في القانون الدولي الإنساني، دار الكتب والوثائق القومية، القاهرة، 2008، ص 273

³ - الموركوي رشيد، الحماية الدولية للمدنيين في النزاع المسلح، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، جامعة محمد الخامس، الرباط، 2002 / 2003، ص 221

⁴ - الطاهر يعقر، حماية المدنيين في النزاعات المسلحة، في ضوء قواعد القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة سعد دحلب، البلدة، الجزائر، 2009، ص 114

01- الإنذار المبكر.

من خلال الإشارة إلى أن هناك حدث أو أزمة هي على وشك الوقوع ومن ثمة الإعداد من خلال توقع الأحداث المحتملة، واجتياز التدريبات والتأهب للعمل.

02- الحيلولة دون انتهاك القانون الدولي الإنساني.

يتم عن طريق الإدراك المسبق للأفعال الضارة و الانتهاكات التي يحضرها القانون الدولي الإنساني، ومن ثمة العمل على عدم تكرار الانتهاكات، وأنّ الوقاية تنطوي ضمنا سواء فيما يخص النزاعات المسلحة بنوعيتها الدولية وغير الدولية أو في حالة وقوع الكوارث وانتشار الأمراض على العمل طويل المدى، بحيث يضم هذا مكونين رئيسيين هما:

أ- المكون الأول: العمل على وقف النظم و إمكانيات التعرض.

وذلك عن طريق السعي إلى التقليل من مخاطر أي ظاهرة أو أي أزمة أو حدوث مثير للتعرض أو احتمال وقوعها أو التقليل من الأثر المدمر الناتج أو الكامن لها .

ب- المكون الثاني: التأثير على المشاركين في النظام أو الأزمة أو الحدث الواقع.

يُمكن أن يشاركوا فيها ،وهذا بقصد تدريبهم وتغيير سلوكهم، كما أنه وفي إطار برامجها الوقائية يتم تطبيق هذا المنهج من قبل اللجنة الدولية للصليب الأحمر وفق مجموعة من الاستراتيجيات والتي تشمل ثلاث مستويات¹ وهي:

- إثارة الوعي.

- التعريف بالقانون الدولي الإنساني بواسطة التدريس والتدريب.

- إدراج القانون الدولي الإنساني داخل القوانين الوطنية والمناهج التعليمية و البرامج الميدانية الرسمية.

ويكمن الهدف النهائي من وراء هذه الاستراتيجيات الثلاث في التأثير على مواقف الناس وسلوكهم و هذا على نحو يعزز حماية المدنيين وغيرهم من الضحايا خلال النزاعات المسلحة، كما يهدف إلى تسهيل عملية الوصول إلى الضحايا وتحسين الظروف الأمنية التي يتم في إطار العمل الإنساني حيث يمكن تحديد الهدف العام من إتباع اللجنة الدولية للصليب الأحمر منهج الوقاية في النقاط التالية²:

01- توفير وتهيئة البيئة والمناخ الملائم لحماية حياة وكرامة الأشخاص الذين قد تؤثر عليهم النزاعات المسلحة سلبا، كما يهدف إلى تسهيل عمل اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وسهولة الوصول إلى الضحايا زمن النزاعات المسلحة.

02- السعي جاهدة إلى التأثير على الأطراف المؤثرة على مصير السكان المتضررين من جراء النزاعات المسلحة، وهذا سواء بشكل مباشر، ومنه تلافي المعاناة الإنسانية وهو ما يتطلب نظرة متوسطة أو طويلة الأمد.

03- يدخل في إطار منهج الوقاية جهود اللجنة الدولية للصليب الأحمر الرامية إلى توضيح و التعريف بعملية إنقاذ وتطبيق القانون الدولي الإنساني ومجموعة من القوانين الأخرى.

04- تشجيع قبول الأنشطة الإنسانية التي تضطلع بها اللجنة الدولية للصليب الأحمر .

05- بناء القدرات الوطنية وبالأخص الجمعيات المحلية للصليب الأحمر والهلال الأحمر في مجالات النشاط الإنساني أو العمل الإغاثية، ومنه دعم المبادرات الإيجابية للمجتمع.

¹ - أحمد عبد المنعم، دور الإغاثية في القانون الدولي الإنساني، مجلة الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، العدد 2016، 21، ص 86

² - سعد بوزيدي، التدخل الإنساني، دار الفنون، الجلفة، الجزائر، 2014، ص 247

وعندما تفشل مبادرات السلام و تنشئ النزاعات المسلحة، فإن المجهودات الوقائية للجنة الدولية للصليب الأحمر لا تتوقف تماماً، لكنها تتحول إلى حافز لتفعيل احترام القانون الدولي الإنساني، حيث أن مجموعة من القوانين هذه تمثل عنصرًا جوهريًا لحماية ضحايا النزاعات المسلحة، وتطويرها ونشرها ووضعها حيّز التنفيذ لتشكّل بذلك جزءًا مكملًا لحماية الأفراد.

المحور الثاني

أسلوب تطوير العمل الإنساني من منظور اللجنة الدولية للصليب الأحمر

لقد تبنت اللجنة الدولية للصليب الأحمر مجموعة من أساسيات لإدراجها ضمن إستراتيجياتها الهادفة إلى تطوير العمل الإنساني في مختلف الأزمان الإنسانية، وحالات الصراع المسلح، ومنه تلبية احتياجات ضحايا النزاعات المسلحة وعلاج مواطن الضعف التي تخللت مختلف مراحل وظيفتها ومهامها الإنسانية، إلى جانب تعزيز قدرتها على التحمل والصمود في مختلف التحديات الواسعة النطاق، التي تواجه العمل الإنساني. لذلك تستعمل على تبيان هذه الأساسيات الهادفة إلى تطوير العمل الإنساني من منظور اللجنة الدولية للصليب الأحمر من خلال الفقرات التالية:

أولاً: ضرورة الالتزام بالمبادئ الإنسانية الأساسية.

إن الدافع الأول للجنة الدولية للصليب الأحمر باعتبارها وكالة إنسانية غير حكومية، وجزء مهم من الحركة الدولية للصليب الأحمر واللال الأحمر¹ في مواجهة النزاعات المسلحة وحالات العنف الأخرى هو التخفيف من المعاناة البشرية لدى الفئات الأقل قدرة على تحمل الشدة الناجمة عن حالات الصراع المسلح، لذلك كان الحق في الحصول على المساعدة الإنسانية وفي تقديمها مبدأً إنسانياً أساسياً ينبغي أن يتمتع به مواطنو البلدان كافة، أما اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وبوصفها من أعضاء اللجنة الدولية، فإنها تقرّ بالتزامها القائم على إتاحة المساعدة الإنسانية حيثما دعت الحاجة إلى الوصول إلى ضحايا النزاعات المسلحة دون إعاقه تكتسي أهمية بالغة في تحمل تلك المسؤولية².

ومنه فإن الناس هم جوهر العمل الإنساني وروحه، كما أن الدافع الأساسي إلى استجابة إنسانية يتمثل في إنقاذ الأرواح والتخفيف من المعاناة الإنسانية، ودعم الحق في الحياة بكرامة، الأمر الذي جعل المنظمات الإنسانية والوكالات الدولية غير الحكومية وجميع العاملين في المجال الإنساني، وفي مقدمتهم اللجنة الدولية للصليب الأحمر تدرك أن الواجب الإنساني يأتي في مقدمة أولوياتها، وبالتالي فإنها تسعى إلى تقديم المساعدة الإنسانية كلما دعت الحاجة إليها.

والواقع أن العمل الإنساني الذي يعد من أولويات اللجنة الدولية للصليب الأحمر وجزءاً جوهرياً من هويتها يسترشد بثلاثة مبادئ أساسية معترف بها على النطاق واسع، والتي تعد من جهة أخرى من صميم العمل الإنساني، وعاملاً مهماً لتمييزه عن غيره من الأعمال والأنشطة الإنسانية، عدم التمييز، الاستقلال³.

ثانياً: ضمان احترام القانون الدولي الإنساني زمن النزاعات المسلحة.

إن من بين أهم الأهداف التي تسعى اللجنة الدولية للصليب الأحمر إلى تحقيقها هي الاضطلاع بالمهام الموكلة إليها بموجب اتفاقيات جنيف، والعمل من أجل التطبيق في النزاعات المسلحة والإلزام بأي شكاوى عن وقوع انتهاكات للقانون⁴. ذلك أن مسألة التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني والمطالبة باحترامه والاحتكام إليه تظل قائمة طالما ظل النزاع المسلح قائماً، سواء كان النزاع المسلح

1 - عمر سعد الله، القانون الدولي الإنساني، دار هوم، الجزائر، 2005، ص 102.

2 - أحمد محمد السيد، دور اللجنة في القانون الدولي الإنساني، المجلة الدولية، القاهرة، 2002، ص 97.

3 - أحمد مرعي، تحديات العمل الإنساني لإدارة العمليات الحربية في المناطق المدنية، أطروحة دكتوراه، سعيد حمدين، الجزائر، 2017، ص 253.

4 - النظام الأساسي للجنة الدولية للصليب الأحمر لسنة 1998 المادة 04 الفقرة 01 (ج) .

دولياً أو غير دولي، وطالما ظلت العمليات العسكرية تحدث بين طرفي النزاع حتى ولو كانت تقع أو تجري بصفة متقطعة، بحيث أن عمليات المقاومة المسلحة للاحتلال تظل خاضعة للقانون الدولي الإنساني، ولو تم تنفيذها على فترات متباعدة نسبياً، بل وحتى ولو لم يكن هناك عمليات منذ فترة كبيرة طالما حالة الحرب أو النزاع قائمة وكان هناك احتلال¹.

كما أن واجب الاحترام والتطبيق الأمين لقواعد القانون الدولي الإنساني، إنما تترتب عن خاصة الالتزام التي تتميز بها قواعد القانون الدولي الإنساني إذ أن قواعده هي قواعد قانونية ملزمة تفرض على الدول وجوب احترامها وتنفيذها لاسيما بعد التأكيد على الجانب الجنائي لها بعد التوقيع على نظام روما الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة لعام 1998، والتي تختص بالمعاقبة على الجرائم الدولية التي تشكل في بقية الأمر انتهاكات للقانون الدولي الإنساني².

والواقع أن ذات الالتزام الواقع على عاتق الدول والذي يقضي بضرورة احترام وتنفيذ قواعد القانون الدولي الإنساني يقع على عاتق اللجنة الدولية للصليب الأحمر، وهذا من منطلق ما جاء في نظامها الأساسي، حيث كلفها بضرورة تطبيق أحكام القانون الدولي الإنساني بأمانة، ولذلك تسعى من جهتها إلى جمع كل ما تستطيعه من معلومات حول ما تحقق من إجراءات وطنية وتنفيذ قواعد وقربها من واقع تطبيق هذا القانون، ومناطق النزاعات المسلحة وفقاً لمهامها المعترف بها صراحة في اتفاقيات جنيف ولاسيما المادة (9) المشتركة، والمادة (03) المشتركة بين اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، والمادة (18) من البروتوكول الإضافي لعام 1977³.

ومن جهة أخرى، يمكن إرجاع واجب الاحترام والتطبيق الفعلي والأمين لقواعد القانون الدولي الإنساني إلى الغاية السامية والهدف الإنساني الذي يسعى هذا القانون إلى تحقيقه والمتمثل في التخفيف من المعاناة الإنسانية أثناء النزاعات المسلحة، إذ يجمع مفهومه بين فكرتين مختلفتين في طبيعتها، بحيث تتمثل الفكرة الأولى في الفكرة القانونية والتي تعني بتنظيم سير العمليات العسكرية، أما الفكرة الثانية فهي فكرة أخلاقية، تهدف بالدرجة الأولى إلى تخفيف المعاناة الإنسانية أثناء النزاعات المسلحة بنوعيتها وحالات العنف الأخرى وما ينجر عن هذه النزاعات من آلام ولا مبرر لها⁴.

وبما أن المهمة الرئيسية للجنة الدولية للصليب الأحمر، تتمثل في توفير الحماية والمساعدة لضحايا النزاعات المسلحة، وكون أن حماية ضحايا النزاعات المسلحة يندرج ضمن النطاق الشخصي لتطبيق القانون الدولي الإنساني⁵، فإنه يطلب إليها أي اللجنة الدولية للصليب الأحمر الاضطلاع بالمهام الموكلة إليها بموجب اتفاقيات جنيف، والعمل من أجل التطبيق الأمين للقانون الدولي الإنساني في النزاعات المسلحة، والعلم بأي شكاوى مبنية على مزاعم بانتهاكات لهذا القانون، والسعي في جميع الأوقات باعتبارها مؤسسة ومحايدة تقوم

1 - عبد الرحمن إسماعيل، الأسس الأولية للقانون الدولي الإنساني، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، القاهرة، 2006، ص 30.

2 - أحمد الحميدي، القانون الدولي الإنساني والمحكمة الجنائية الدولية، المؤتمر العلمي السنوي لكلية الحقوق، جامعة بيروت العربية، القانون الدولي الإنساني، آفاق وتحديات، منشورات الحلبي، بيروت، 2005، ص 46.

3 - غنيم قناص المطيري، آليات تطبيق القانون الدولي الإنساني، رسالة ماجستير في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2010/2009، ص 99.

4 - إذ يتمثل نطاق تطبيق القانون الدولي الإنساني في النطاق الشخصي حيث يمنح حماية لفئتين من الأشخاص وهما ضحايا النزاعات المسلحة والذين أصبحوا عاجزين عن القتال من جرحى ومرضى أو غرقى وأسرى حرب من ناحية، ومن ناحية أخرى ينطبق على المدنيين وأفراد الوحدات الطبية والدينية وعمال الإغاثة الذين لا يشاركون في القتال، كما ينطبق القانون الدولي الإنساني من حيث الزمان منذ بداية النزاع المسلح سواء كان هناك إعلان لحالة حرب أم تدون إعلان، أما من حيث النطاق المادي فإن هذا القانون ينطبق على كل حالة تأخذ وصف النزاع المسلح دولياً كان أو غير دولي في ذلك حالة الاحتلال.

5 - سلسلة القانون الدولي رقم 15، القانون الدولي الإنساني تطوره ومحتواه، 2008، ص 09.

بعمل إنساني خاص في حالات النزاعات المسلحة الدولية وغير الدولية، وغيرها من حالات العنف الأخرى إلى ضمان الحماية والمساعدة لضحايا مثل هذه الحالات ونتائجها المباشرة¹.

ومن ثمة، فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر ولجانها الوطنية، تؤدي دوراً بالغ الأهمية من أجل ضمان تنفيذ المهمة الأساسية التي تتبناها، والمتمثلة في ضمان احترام وتصنيف القانون الدولي بأمانة، وهذا عن طريق الاتصال الدائم بأطراف النزاع، والعمل على لفت نظر السلطات المختصة عن حدوث أية انتهاكات، كما أنها تقوم بدور وقائي لتفادي وقوع الانتهاكات، كما أنه وفي سبيل تحقيق مهامها هذه تعمل اللجنة الدولية على تأدية دور الفاعل في حل بعض المشكلات، كتبادل الأسرى وتبادل الزيارات لهم، والإشراف على أوضاعهم وتقديم ملاحظاتها حول الأوضاع التي اكتشفتها، كما أنها تقوم بعمل مستمر ومتواصل بغية التعريف بقواعد القانون الدولي الإنساني وتضييقه من خلال المنشورات المتخصصة أو الندوات العلمية والبرامج التعليمية والتدريبية والإعلامية، إلى جانب برامج التعاون مع الجمعيات الوطنية للهلال الأحمر والمؤسسات التربوية، واللقاءات مع الخبراء المتخصصين².

ثالثاً: سرعة الاستجابة للأزمات الإنسانية.

تستجيب اللجنة الدولية للصليب الأحمر وبشكل سريع وفعال للاحتياجات الإنسانية للأشخاص المتضررين من النزاعات المسلحة أو الكوارث الطبيعية الواقعة في منطقة النزاع المسلح، وذلك مع الأخذ في الاعتبار أن الطوارئ قد تقع على غير انتظار، وربما تضاعفت آثارها في البلدان التي تمرّ بها الحرب بالفعل وفي مواجهة مثل هذه الطوارئ غير قابلة للتوقع، تولي اللجنة الدولية أهمية كبيرة لقدرة على الانتشار بسرعة في الميدان.

والواقع أن سرعة الاستجابة الإنسانية للأزمات الإنسانية غنما يترتب بصفة خاصة من الحق الممنوح للجنة الدولية للصليب الأحمر، والمتمثل فيما يسمى بحق المبادرة، وهو حق اعترف به لفائدة هذه اللجنة ولفائدة كل هيئة إنسانية غير متحيزة ونخص بالذكر ضمن المنظمات غير الحكومية نستبعد المنظمات ذات الطابع السياسي، وذلك لفقدانها عنصر الحياد، كون أن هذا العنصر هو الذي يؤدي إلى ثقة المتحاربين بالوسطاء المحايدون على غرار المنظمات غير الحكومية³.

وقد تمّ إقرار حق المبادرة لفائدة اللجنة الدولية للصليب الأحمر بموجب اتفاقيات جنيف الأربعة لعام 1949، وذلك من خلال المواد 10، 9، 99 المشتركة لاتفاقيات جنيف إلى جانب المادة 81 فقرة 01 من البروتوكول الإضافي لعام 1977، وهذا فيما يتعلق بالنزاع المسلح الدولي، أما النزاع المسلح غير الدولي، فقد تمّ الإقرار بحق المبادرة لفائدة اللجنة الدولية في إطار نفس المادة الثالثة المشتركة الفقرة الثانية⁴.

ويقصد بحق المبادرة أن اللجنة الدولية تستطيع تقديم مقترحات، وأنه لا يمكن اعتبار هذه المقترحات تدخلاً في الشؤون الداخلية أو عمل غير ودي، وفي حالة قبول الاقتراح فإن الاتفاق الذي يترتب عن ذلك يشكل القاعدة القانونية والإطار العام للعمل ونشاط اللجنة الدولية للصليب الأحمر، هذا ولقد تمّ النص على هذا الحق أيضاً في إطار النظام الأساسي للحركة الدولية للصليب الأحمر، الذي تمّ

¹ - توني بفنر، آليات ونهج مختلفة لتنفيذ القانون الدولي الإنساني وحماية ومساعدة ضحايا الحرب، مختارات من المجلة الدولية للصليب الأحمر، المجلة 91، العدد 874، يونيو / حزيران، 2009، ص 52.

² - محمد حميد العسلي، دور الجمعيات الوطنية للصليب الأحمر في تنفيذ القانون الدولي الإنساني، منشورات اللجنة الوطنية للصليب الأحمر، القاهرة، 2006، ص 359.

³ - فوزي أوصديق، تطبيق القانون الدولي الإنساني وتأثيره على مبدأ السيادة، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 1996/1995، ص 35.

⁴ - Robert Kolb, application du droit international humanitaire et des droits de l'homme aux organisations internationales, l'ordre de la paix et administrations. BRUYLANT BRUXELLES, 2005, p 374-375.

اعتماده لعام 1986، علماً أن هذا الحق المنصوص عليه في إطار النظام الأساسي للحركة هو أوسع من الحق المنصوص عليه في إطار اتفاقيات جنيف الأربعة، والبرتوكول الإضافي الأول لعام 1977، كونه يتعدى الحالات التي تشملها هذه النصوص القانونية. كما سبقت الإشارة إلى أن حق المبادرة الإنسانية لمزاولة أنشطة إنسانية زمن النزاعات المسلحة سواء كانت دولية أو غير دولية، إنما هو مرهون لموافقة الأطراف المتحاربة أو موافقة حكومة أو السلطة الحاكمة بالدولة التي يجري على مستوى إقليمها النزاع المسلح، ذلك أن مسؤولية توفير الحماية وإمدادات الإغاثة لضحايا النزاعات المسلحة إنما تقع بالدرجة الأولى على الأطراف المتحاربة أو الحكومة بالدولة التي يجري على مستوى إقليمها النزاع المسلح، ذلك أن مسؤولية توفير الحماية وإمدادات الإغاثة لضحايا النزاعات المسلحة، إنما تقع بالدرجة الأولى على الأطراف المتحاربة أو الحكومة بالدولة التي يجري على مستوى إقليمها النزاع، إلا أنه كثيراً ما تعجز الدول أثناء النزاعات المسلحة من القيام بهذا العمل على نحو كاف الأمر الذي يجعل اللجنة الدولية للصليب الأحمر تبادر بعرض خدماتها بل أنها كثيراً من الأحيان خاصة في النزاعات المسلحة الدولية قد تنهض بدور مهم كبديل للدولة الحامية¹.

لذلك ومن منطلق هذا الحق الممنوح للجنة الدولية للصليب الأحمر ومن منطلق المبادئ الإنسانية التي تلتزم بها في أداء مهمتها الإنسانية فقد زادت هذه اللجنة من وجودها في مختلف أنحاء العالم وضاعفت من جهودها من أجل تحسين استجابتها الإنسانية في العديد من حالات الطوارئ من أجل الاستجابة على الاحتياجات الإنسانية لمختلف النزاعات المسلحة. فبفضل تواجدها في مختلف أنحاء العراق تمكنت اللجنة الدولية للصليب الأحمر من تحقيق استجابة إنسانية سريعة لمختلف الاحتياجات الإنسانية لسكان المناطق التي تأثرت بالنزاع في الوقت المناسب، خاصة المناطق القريبة من الخطوط الأمامية للقتال أو المناطق التي يقل أو ينعدم على مستواها تواجد المنظمات الإنسانية، وخلال النصف الثاني من سنة 2016 كشفت اللجنة الدولية للصليب الأحمر نشاطاتها استجابة لزيادة الاحتياجات المرتبطة بالعملية العسكرية بالموصل.

رابعاً: الجمع بين العمل الإنساني والتنمية المستدامة.

لقد أصبح الانتعاش المبكر أو الانتعاش الاقتصادي عنصراً هاماً من عناصر برجة الإغاثة الإنسانية وأولوية أخرى من أولويات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، التي تعمل على تبنيتها في أعقاب النزاعات المسلحة وحالات العنف الأخرى، كما لا تزال هناك منطقة مادية يتداخل فيها عمل الإغاثة الطارئة والتنمية المستدامة، هذا ويمثل الانتعاش المبكر بمثابة حل لمساعدة الناس على تحقيق الاعتماد على الذات من خلال جهودهم بغية إعادة بناء دولتهم بعد حالة النزاع المسلح، فضلاً عن التركيز على استعادة النظام الاقتصادي الذي يعملون في إطاره، وعليه فإن الانتعاش المبكر يمهّد الطريق للانتعاش عن المدى الطويل من خلال ضمان الحوافز لرجال الأعمال والشركات المحلية والصغيرة حتى لا تختفي².

لذلك فإن اللجنة الدولية للصليب الأحمر، قد واجهها تحدّ كبير بخصوص العلاقة التي تربط بين العمل الإنساني والتنمية المستدامة في معظم العمليات والأنشطة التي تضطلع بها، وإن أصبحت في كثير من الأحيان بحاجة ماسة إلى الجمع بين هذين النهجين، وذلك لكي تلي وبشكل ملائم كافة الاحتياجات الإنسانية للأشخاص المتضررين والمجتمعات المحلية المتضررة في البلد نفسه جراء النزاع المسلح، ويقدر ما تعتمد الاستجابة الإنسانية الملائمة على حجم الاحتياجات الإنسانية تعتمد من جهة أخرى على الإمكانيات الموجودة على القدرة التي يمتلكها المجتمع للتكيف، ولواجهة الأوضاع، وهو الأمر الذي تسعى اللجنة الدولية إلى دعمه أي قدرة المجتمع على

¹ - شريف عتلم، دور اللجنة الدولية للصليب الأحمر في إنشاء وتطوير قواعد القانون الدولي الإنساني، منشورات اللجنة الدولية للصليب الأحمر، جنيف، سويسرا، 2016، ص 155 - 156.

² - دان ماكليين، تحليل إيجابيات وسلبيات البيانات الضخمة على المجال الإنساني، بانكوك 27 مايو 2013، مقال متوفر على الموقع الإلكتروني التالي

التكيف ومواجهة الأوضاع ، ومن الحلول محلّ الآخرين كما تطمح اللجنة الدولية من جهة أخرى إلى حدّ كبير إلى تحسين مستوى وفعالية العمل الذي تضطلع به جميع الجهات المعنية الدولية والإقليمية والوطنية والمحلية، بحيث أنّها تعتبر هذه الجهود جزءاً لا يتجزأ من معالجة الفقر وتعزيز التنمية وتحقيق الاستقرار الثلاثي¹.

وفي هذا الصدد قدّم الرئيس السابق للجنة الدولية للصليب الأحمر تعريفاً للانتعاش، وذلك من خلال نقاش داخلي في يونيو حزيران 2011 قائلاً: ((يهدف إلى استعادة العافية الجسدية والعقلية للمتضررين من النزاعات المسلحة وغيرها من حالات العنف المنظم، وهو يركز على الاستعادة الاعتماد على الذات بالنسبة للمتضررين، وعلى العمل من أجل مساعدتهم على مواجهة الصدمة والأذى الذي ألّم بهم، وتنفذ اللجنة الدولية أنشطة الانتعاش المبكر جنباً إلى جنب مع غيرها من عمليات الطوارئ الإنسانية، وبعد توقف الأعمال العدائية وينبغي أن توائم عملها مع واقع البيئات الريفية والحضرية المختلفة⁽²⁾)).

ومع أن المفترض أن يطمح العمل الإنساني بشكل طبيعي إلى تكييف وتسيير أوسع الجهود الرامية إلى الحدّ من حالات الاستضعاف وتعزيز التنمية الدائمة، إلا أنه م غير الممكن دائماً تحقيق مثل هذه الطموحات الكبيرة التي تعتمد في الواقع على الظروف وعلى الاحتياجات والقدرات، على الرغم من أن اللجنة الدولية منذ سنوات عديدة أدبت على تنفيذ أنشطة الانتعاش المبكر التي لا تقتصر على تقديم المساعدة الإنسانية على المدى القصير، رغم أن هذا المصلح هو من المصطلحات الجديدة نسبياً وقد حلّ محلّ العمل في الفترات الانتقالية.

ومن بين الأمثلة التطبيقية عن حالات النزاع المسلّح التي طبقت من خلالها سياسات الانتعاش المبكر النزاع المسلح السوري الذي يعتبر أحد أكثر الحروب الأهلية دموية في عصرنا الحديث والذي جعل من مصير البلاد أمراً مجهول بسبب ما تشهده المنطقة من نزاعات مسلّحة مفتوحة، لذلك كان لا بدّ من الانتقال من المناطق الهادئة نسبياً من حالة الإغاثة والمساعدات الإنسانية المكرّسة لحالة الاتكالية والمهدّدة بالتوقف في حال تمّ اقتطاع أو خفض التمويل من قبل الجهات المانحة إذ أن شبكة التفاعل التنموية ارتأت البدء بخطوات تحضيرية لعلية التنمية المستدامة التي سيتم تطبيقها فور وقف العمليات العسكرية ففي مثل هذه الحالات يكون المواطنون والنازحون السوريون بحاجة إلى تعزيز استقلاليتهم ومساندتهم في إعادة ترتيب حياتهم ضمن الظروف الراهنة وذلك من خلال إعادة بثّ الأمر في نفوسهم³.

هذا وتعتمد المرحلة التحضيرية للانتعاش المبكر على ثلاثة معايير أساسية وهي الحماية والمساواة والعدالة ومضمون الحماية هنا هو الحماية من أية ظروف تهدّد حياتهم وتعرضهم للتمييز بكل أشكاله، وتوزيع الخدمات بمساواة وعدالة، ومراعاة التنوعات المنطقية والثقافية والسياسية.

خاتمة:

أنشأت اللجنة الدولية للصليب الأحمر خدماتها الاستشارية حول القانون الدولي الإنساني لعام 1990 لتكييف دعمها للدول الملتزمة بتنفيذ القانون الدولي الإنساني وتنفيذ الخدمات الاستشارية على وجه الخصوص، اجتماعات الخبراء وتقديم المساعدة القانونية في إدراج القانون الدولي للإنسان في القانون الوطني، وتشجيع الدول على تشكيل لجان وطنية للقانون الدولي الإنساني، وتساعد في عملها، وتعزيز تبادل المعلومات ، كما تنشر وثائق متخصصة.

¹ - محمد علي عبد الفتاح ،اللجنة الدولية للصليب الأحمر، تعزيز تنسيق المساعدة الإنسانية ومساعدات الإغاثة التي تقدمها الأمم المتحدة في حالات الكوارث، بيان اللجنة الدولية للصليب الأحمر أمام الأمم المتحدة، 2011، الدورة السادسة والستون للجمعية العامة للأمم المتحدة، اللجنة الثالثة، البند 62، بيان اللجنة الدولية للصليب الأحمر، نيويورك، 14 كانون الأول / ديسمبر 2011 .

² - محمد علي عبد الفتاح، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مرجع سابق، ص 64.

³ - فوزي أوصديق، مرجع سابق، ص 159.

ومن بين كذلك المبادرات المهمة للجنة الدولية للصليب الأحمر في مجال الدعم واحترام وتطبيق القانون الدولي الإنساني، نجد ما أعدته من دراسة مستفيضة بشأن تعزيز الحماية القانونية لضحايا النزاعات المسلحة، لتلي هذه الدراسة انعقاد المؤتمر الدولي الحادي والثلاثون للصليب الأحمر والهلال الأحمر الذي انعقد في جينيف شهري نوفمبر وديسمبر 2011، هذا المؤتمر الذي تمكن من اعتماده قرار قوي يعكس نتائج دراسة اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ومسار المشاورات اللاحق مع الدول ليصبح هذا القرار بمثابة أسس لمواصلة العمل نحو تعزيز القانون الدولي الإنساني من حيث حماية الأشخاص المحرومين من حريتهم بسبب النزاعات المسلحة، والآليات الدولية المعنية برصد إعادة الامتثال للقانون الدولي الإنساني، وعليه نستخلص النتائج والتوصيات التالية:

- عدم التمسك بأحكام القانون الدولي العام بصفة عامة و أحكام القانون الدولي الإنساني بصفة خاصة الذي يعتبر من بين أهم الأسباب المؤدية لزيادة المعاناة الإنسانية و ضعف العمليات الإنسانية
- الزيادة في الصراعات المسلحة الممتدة والنزوح طويل المدى في العديد من الدول التي كانت تدفع النظام الإنساني إلى أبعد من الحدود التي صمم من أجل إدارتها.
- الارتفاع الهائل في نسبة الأزمات الإنسانية كان وراء تنامي الاحتياجات الإنسانية، خاصة مع ضعف التمويل للعمليات الإنسانية وقصورها.
- الضعف الفادح في تلبية احتياجات الحماية المحددة في ما بين فئات السكان إلى انعدام المسائلة في الأقاليم التي تشهد نزاعا مسلحا عن انتهاك الأطر القانونية التي تحمي المدنيين.
- انعدام الأمن و احتدام العمليات العسكرية، جعل المنظمات الإنسانية عاجزة عن حماية نفسها، الأمر الذي لا يمكنها من حماية ضحايا النزاعات المسلحة.
- ضعف وقصور التنسيق بين مختلف الجهات الفاعلة في المجال الإنساني الذي ساهم و بقدر كبير في إضعاف الاستجابة الإنسانية
- افتقار قيادة الأمم المتحدة و تنسيقها إلى الاتساق.
- تنامي عدد المنظمات الفاعلة في المجال الإنساني و تنوعها مع وجود نوع من التضارب خدمة لمصالحها، وتغليب كل طرف في مهامه الخاصة.
- لذلك وسعيا للتصرف على وجه السرعة في مواجهة هذه التحديات الهائلة قام الشركاء في المجال الإنساني بتوسيع نطاق تقديم المساعدات في ظل بيئات صعبة وخطيرة، وانعدام الأمن وإعاقة ومنع وصول الخدمات الإنسانية وتعرضه للخطر لا يزال يقوض إيصال مثل هذه المساعدات.

خصوصية تحريك الدعوى العمومية في جرائم المؤسسات وفقا للأمر رقم: 02 / 15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية
The specificity in the procedure of public action in accordance with law no. 15/02 about criminal procedures

ط. د. زريكي يمينة، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة جيلالي اليابس سيدي بلعباس، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/15 / تاريخ المراجعة: 2018/10/27

ملخص:

تعتبر المؤسسة العمومية الاقتصادية من بين الركائز الأساسية التي تساهم في رفع وتيرة الاقتصاد الوطني، فهي تعتمد على المال العام، وقد عهد المشرع مهمة تسييرها إلى جهاز خاص يعرف بالمسيرين، إلا أنها كغيرها من المؤسسات لا تخلو من الجرائم ولهذا سعى المشرع إلى ضمان حماية المال العام من جهة، ومن جهة أخرى حماية المسيرين عن طريق وضع خصوصية في إجراء تحريك الدعوى العمومية وفقا للأمر 02/15 المتعلق بالإجراءات الجزائية و بالتالي يبقى الواقع العملي هو الذي يحدد مدى فعاليتها أم لا؟.

الكلمات المفتاحية:

الدعوى العمومية، جرائم المؤسسات، قانون الإجراءات الجزائية رقم: 02 - 15

Abstract :

The public economic institution is one of the main pillars that contribute to raising the national economy. It's based on public money. So, the legislator has entrusted the task of running it to a special body known as the managers. However, like other institutions, it is not free of crimes. That's why the legislator thought about preserving the public money on the one hand, and on the other hand, protecting the managers by establishing specificity in the procedure of public action in accordance with law no. 15/02 about criminal procedures, and therefore the practical reality determines the effectiveness of such action.

Key-words:

Public action, Crimes of institutions, Criminal Procedures Code.

مقدمة:

تبنت الدولة الجزائرية بعد الاستقلال نظاما اقتصاديا ذا نهج اشتراكي تميز بتدخلها في تسيير جميع المجالات الصناعية السياسية الاجتماعية والثقافية، وأن التطور الحاصل في الميدان الاقتصادي والمالي وغيرها من النشاطات عجل بانتهاك المنشأة الفردية والكيانات المحدودة فأصبح الاهتمام كله موجه للمشروعات الاقتصادية الكبرى¹، وهذا ما دفع الدولة إلى إنشاء الشركات الوطنية² ذات الطابع الاقتصادي وتسييرها عن طريق التسيير الاشتراكي للمؤسسات حيث أصبح العامل يتمتع بصفة المسير والمتنح³.

إلا أنه وبعد بداية الثمانيات ظهر تيار جديد دعا إلى ضرورة الاستغناء عن الشركات الوطنية ذات الحجم الكبير لصعوبة تسييرها وإعادة هيكلتها إلى المؤسسة العمومية الاقتصادية عن طريق تبني الاقتصاد الحر قصد تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وقد أثبت

¹ - طيفوري زواوي، المسؤولية الجنائية للمسير، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الجنائية، كلية الحقوق، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2008-2009، ص 247.

² - تأسست الشركات الوطنية سنة 1965 ومنها الشركة الوطنية للنفط والغاز، الحديد والصلب، النقل البحري ... اقتبس من المرجع: إسماعيل عرباجي، اقتصاد وتسيير المؤسسة، ط 3، موفم للنشر، الجزائر، 2013، ص 20.

³ - المرجع نفسه، ص 20.

تحول المؤسسات من القطاع العام إلى القطاع الخاص أنه شكل من أشكال التوسع في تعديل وظائف المجتمع، وذلك بإنشاء قطاع عام لكن بمقومات التسيير الخاص¹.

وقد عرفت المنظومة القانونية ميلاد العديد من النصوص التشريعية والتنظيمية كان الهدف منها استقلالية المؤسسة العمومية الاقتصادية، إلا أنه ونتيجة للأموال الباهظة التي تعامل بها جعلتها عرضة أو وسيلة للاستغلال الاقتصادي عن طريق سوء تسييرها وتبديد أموالها وهذا ما أدى إلى إفلاسها، وهو ما أثبتته الواقع العملي آنذاك. وما يلاحظ أن المشرع الجزائري اعترف بالمؤسسة العمومية الاقتصادية منذ سنة 1988 بموجب القانون 01/88²، إلا أن اعترافه لها بالمسؤولية الجزائية عن الأفعال المرتكبة من طرف أجهزتها جاء متأخرا إلى غاية سنة 2004 في نص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات³، وهذا نتيجة لكثرة ظهور الجرائم التي أدت إلى إفلاس المؤسسات بشكل ملحوظ مما أدى إلى إهدار المال العام، وبالتالي فالمؤسسة كشخص معنوي تتحمل المسؤولية مقابل الصلاحيات المخولة لها ومتى توافرت شروط ذلك، إذا هي كيان جامد لا يمكنها القيام بالجريمة إلا بتدخل الشخص الطبيعي.

وعليه لا يمكن التنبؤ بجميع تصرفات هذا الأخير فيمكن أن يرتكب جرائم أشخاص أو أموال⁴. وما يهم في هذه الدراسة جرائم المال والأعمال، ونظرا لتعدددها فالمشرع حصرها في أربعة جرائم التسيير لارتباطها ارتباطا وثيقا بالمؤسسة، وأن المسير لا يمكن له القيام بها، إلا إذا كان ينتمي للمؤسسة العمومية الاقتصادية وأن توقيع العقاب عليه لا يتحقق إلا عن طريق تحريك الدعوى العمومية، وأن الجديد الذي جاء به المشرع في إطار الأمر 02/15⁵ هو وضعه شروط خاصة لمتابعة المسيرين، والتي لم تكن قبل هذا التعديل وبالتالي يجب البحث عن الحكمة من هذا التعديل، ومن هنا التساؤل المطروح في هذا السياق: فيما تكمن خصوصية إجراء تحريك الدعوى العمومية في جرائم المؤسسات؟. والإجابة عن هذه الإشكالية تفرض علينا التعرض إلى مبحثين: المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لجرائم المؤسسات، المبحث الثاني: قيد تحريك الدعوى العمومية. المبحث الأول: الإطار المفاهيمي لجرائم المؤسسات.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي لجرائم المؤسسات

قبل الخوض في ذكر جرائم المؤسسات يجب أولا الإشارة إلى تعريف المؤسسة التي تخضع للمتابعة الجزائية و المقصود بها المؤسسة العمومية الاقتصادية، ثم بعد ذلك التطرق إلى الجرائم المرتكبة داخلها، ومن هم الأشخاص المتابعين بها و التي تتوافر فيهم صفة الجاني، وهذا ما سيتم دراسته في المطالب التالية.

المطلب الأول: تعريف المؤسسة العمومية الاقتصادية.

بالرجوع إلى نص المادة 6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية يلاحظ أن المشرع قيد تحريك الدعوى العمومية وربطها فقط بالمؤسسة العمومية الاقتصادية، والتي تملك الدولة كل رأس مالها أو ذات الرأسمال المختلط.

¹ - لعشب محفوظ، سلسلة القانون الاقتصادي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1997، ص 17.

² - قانون رقم 88-01، المؤرخ في 12 جانفي 1988، المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج.ج، ع 1988، 02.

³ - الأمر رقم 66-156، المؤرخ في 18 صفر 1386 الموافق ل 08 جوان 1966، متضمن قانون العقوبات، ج.ر.ج.ج، ع 49، المعدل والمتمم بموجب القانون 04-05، مؤرخ في 2004.

⁴ - أحسن بوسقيعة، المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي، مجلة المحكمة العليا، قسم الوثائق والدراسات القانونية والقضائية، ع 1، 2012، ص 16.

⁵ - الأمر رقم 15-02، المؤرخ في 07 شوال 1436 الموافق ل 23 يوليو 2015، يعدل ويتمم الأمر 66-155، المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق ل 8 يوليو 1966، والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، ج.ر.ج.ج، ع 40، 2015.

وقد أنشأها المشرع بموجب القانون 01/88 المتعلق بالقانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، إلا أنه ألغي هذا القانون وحل محله الأمر 04/01¹، وبالتالي السؤال المطروح هل عرف المشرع هذا النوع من المؤسسات وبين طرق تسييرها؟. وبتصفح هذا الأمر فإن المشرع الجزائري عرفها في المادة 2 منه بنصها: "المؤسسات العمومية الاقتصادية هي شركات تجارية تحوز فيها الدولة أو أي شخص معنوي آخر خاضع للقانون العام أغلبية رأسمال مباشرة أو غير مباشرة، وهي تخضع للقانون العام".

يستنتج من التعريف أن المؤسسة العمومية الاقتصادية تشمل فئتين فئة أول هي التي كانت تعرف بالشركات الوطنية والتي كانت تنشط في مجال الإنتاج، التوزيع والخدمات بما فيها مؤسسات سوناطراك، سونالغاز، شركات الملاحة البحرية ... أما الفئة الثانية فتشمل ذات الرأسمال المختلط والتي فتحت رأسمالها الاجتماعي للخواص سواء أفراد أو شركات، مواطنين أو أجانب عن طريق بيع الأسهم في السوق أو تنازل عن بعض رأسمالها².

وقد تأثرت هذه المؤسسات بالسياسة الاقتصادية المنتهجة من طرف الدولة، ف سابقا في عهد الاشتراكية كانت تسيير بأدوات القانون العام مثلها مثل أي هيئة إدارية أخرى، إلا أنه ومع التحول نحو الاقتصاد الحر وخاصة مع الأزمة المالية في التسعينيات منحت لها الدولة الاستقلالية³، من خلال أنظمة التسيير وهي:

الأول: وهو ما جاء به المرسوم التنفيذي رقم 283/01⁴ المتضمن الشكل الخاص بأجهزة إدارة المؤسسة العمومية الاقتصادية.

الثاني: أحال تسيير المؤسسة إلى قواعد القانون التجاري بخصوص شركات الأموال وذلك كما يلي:

1- تسيير من قبل رئيس مجلس المديرين أو مدير عام وحيد طبقا لنص المادة 03⁵.

2- وتدعيما للطابع التجاري الذي تتمتع به المؤسسة اعتمد المشرع على شركة المساهمة لتسييرها والتي تسيير وفق نمطين:

- الأول: تقليدي يتشكل من الجمعية العامة ومجلس الإدارة والمسير العام.

- الثاني: حديث يتكون من مجلس المراقبة و مجلس المديرين.

المطلب الثاني: النطاق الموضوعي لجرائم المؤسسات.

إن الجريمة التي ترتكب في مجال الاقتصاد تختلف عن الجريمة العادية، من خلال استهدافها للمصالح العامة والخاصة في جانبها الاقتصادي والمالي وفي كل الأحوال فإن الأثر الذي يترتب عليها هو الإضرار بالمال العام إما بالاستيلاء عليه أو بتخريب مصادره و مقوماته.

وقد طرح موضوع الجرائم المستحدثة لأول مرة على صعيد الأمم المتحدة في المؤتمر الخامس للأمم المتحدة للوقاية من الجريمة ومعاملة المذنبين الذي عقد في جنيف عام 1975، وقد أعطى اهتمام خاص بالجرائم الاقتصادية وجرائم أصحاب الياقات البيضاء

1- الأمر رقم 01-04، المؤرخ في 20 أوت 2001، المتعلق بتنظيم المؤسسة العمومية الاقتصادية وسيرها وخصائصها، ج.ر.ج.ج، ع 47، 2001.

2- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، ج 2، ط 3، دار هومة، الجزائر، 2012-2013، ص 20-21.

3- عبد النور نوي، المؤسسات العمومية الاقتصادية كآلية لتسيير مرفق العام في الجزائر، مجلة الراشدية للدراسات والبحوث القانونية، ع 7، 2015، ص 230.

4- مرسوم تنفيذي رقم 01-283 مؤرخ في 24 سبتمبر سنة 2001، يتضمن الشكل الخاص بأجهزة المؤسسات العمومية الاقتصادية وتسييرها، ج.ر.ج.ج. عدد 55، صادر بتاريخ 26-09-2001.

5- تنص المادة 3 من المرسوم التنفيذي 01-283 على أنه: "تزد المؤسسة العمومية الاقتصادية الخاضعة لأحكام هذا المرسوم بالجهازين الآتين جمعية عامة ومجلس مديرين كما يمكن أن يعهد تسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية لمدير عام وحيد وذلك في حالة توليه مجلس المديرين".

والرشوة على مستوى الشركات الكبرى¹، وهو نفس النهج الذي تبناه المشرع الجزائري في تجريمه لأعمال التسيير، إذ ربطها بجرائم محددة وهي السرقة، الاختلاس، التلف والضياع، وهو ما سيتم شرحه في ما يلي:

الفرع الأول: جريمة السرقة

هي من الجرائم التقليدية التي تقع على الأموال ويرتكبها الأشخاص العاديين وبما أنه وبصدد الحديث عن جرائم المؤسسات فيجب أن ترتكب هذه الجريمة من طرف المسير وهذا ما سيتم دراسته في المطلب الموالي.

وعرف المشرع جريمة السرقة في نص المادة 350 من قانون العقوبات على أنها كل من اختلس شيئا غير مملوك له وذلك بنية تملكه، أما بخصوص أركانها فتطبق عليها القواعد العامة.

الفرع الثاني: جريمة الاختلاس²

إن جريمة اختلاس أموال الدولة وأموال المؤسسات الاقتصادية والشركات قد تكاثرت وتفشت بحيث أصبحت تشكل خطرا على الخزينة العامة وعلى الاقتصاد الوطني³ وقد استخدم المشرع الجزائري مصطلح الاختلاس⁴ في مواضيع عديدة من قانون العقوبات بصفته تعبيرا عن الركن المادي في بعض جرائم الاعتداء على الأموال الخاصة والعامة.

ويعرف الاختلاس على أنه أخذ المال أو الشيء الذي بين يديه بحكم وظيفته دون علم مالكة ودون رضاه وذلك بقصد تملكه والاستيلاء عليه نهائيا⁵، ويقصد به أيضا تحويل الأمين حيازة المال المؤمن عليه من حيازة وقتية على سبيل الأمانة إلى حيازة نهائية على سبيل التملك⁶. وما يلاحظ أن فعل الاختلاس في المادة 350 من قانون العقوبات يختلف عن ما ورد في المادة 29 من قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته⁷.

الفرع الثالث: الفرق بين فعل الاختلاس في السرقة وفي قانون الفساد⁸.

- 1- فعل الاختلاس في جريمة السرقة تضمنته المادة 350 من قانون العقوبات أما فعل الاختلاس في قانون الفساد نصت عليه المادة 29 من قانون الفساد.
- 2- يتمثل السلوك الإجرامي لفعل الاختلاس في جريمة السرقة في أخذ المال من حيازة الغير دون رضاه وبنية التملك أما في قانون الفساد فيتمثل في حيازة الجاني للمال بصفة قانونية ثم تتجه نيته إلى التصرف فيه باعتباره مملوكا له.
- 3- يعتبر محل الجريمة لفعل الاختلاس في جريمة السرقة وفي قانون الفساد المال إلا أنه في الحالة الأولى يكون هذا الأخير عاما أو خاصا وبخصوص المال العام تشدد العقوبة أما في الحالة الثانية فيكون مالا عاما يعهد إلى الموظف بسبب وظيفته.

الفرع الرابع: جريمة السرقة

¹ - عباس أبو شامة المحمود، عولمة الجريمة الاقتصادية، ط1، دار الحامد، الأردن، 2014، ص 35 و 120.

² - يعرف الاختلاس شرعا على أنه خطف المال في حين غفلة صاحبه، مقتبس عن: نوري الهموندي، جرائم الأموال العامة والوظيفة العامة في الشريعة الإسلامية والقانون، مكتبة زين الحقوقية والأدبية، لبنان، 2014، ص321.

³ - عبد العزيز سعد، جرائم الاعتداء على الأموال العامة والخاصة، دار هومة، الجزائر، 2005، ص139.

⁴ - جاء به المشرع الفرنسي في المواد من 169 - 173 تحت عنوان الاختلاسات التي يرتكبها الأمناء العموميون وأيضاً المشرع المصري في المادة 112، راجع: نوفل علي عبد الله الصفو، الحماية الجزائية للمال العام دراسة مقارنة، ط1، دار الحامد، الأردن، 2015، ص254.

⁵ - عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص147.

⁶ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص32-33.

⁷ - قانون رقم 06-01، المؤرخ في 20-02-2006، المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ج، ع 14، 2006.

⁸ - نوري الهموندي، المرجع السابق، ص327.

تكون فيها صفة الجاني موظف عام أو شخص طبيعي أما في قانون الفساد فتكون صفة الجاني الموظفين الوارد ذكرهم في نص المادة 02 من قانون الفساد.

الفرع الخامس: جريمة الإلتلاف.

ويقصد بها هلاك الشيء أي بإعدامه والقضاء عليه بأي طريقة كانت سواء بالحرق أو بالتمزيق إلى أن يفقد قيمته، وقد يكون التلف جزئيا حيث يتعطل استعمال الشيء وقد يكون التلف كلياً وذلك بإعدام صلاحية المال نهائياً.

الفرع السادس: جريمة الضياع.

ويقصد بها فقدان الشيء تماماً دون معرفة كيفية وأسباب اختفائه¹.

وقد حدد المشرع صفة الجاني الذي يرتكب الجرائم السالفة الذكر، وهذا ما سيتم دراسة في الآتي:

المطلب الثالث: النطاق الشخصي لجرائم المؤسسات.

إن ظهور هذا الإجرام الجديد والذي أصبح مرتبطاً ارتباطاً وثيقاً بعالم الأعمال والتجارة بدأ يأخذ اهتمام رجال القانون وعلماء الاقتصاد منذ الثلاثينيات من القرن 20² حيث في هذه الفترة عرف بما أطلق عليه الجرائم الصفوة أو أصحاب الياقات البيضاء³.

وتتميز هذه الجرائم بمحطورتها نظراً لمساسها بالمال العام ولأنها ذات طبيعة خاصة تختلف عن الجرائم التقليدية سواء من حيث مرتكبيها ومستوى ثقافتهم أو من حيث الضرر الناجم عنها، فغالبا ما يتسم مرتكبي هذه الجرائم بمستوى ثقافي مرتفع وخبرة عالية في مجال عملهم تمكنهم من طمس وإخفاء آثار الجريمة⁴ وقد نصت المادة 6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية على أن صفة الجاني في مثل هذه الجرائم هو المسير. ومن هنا يمكن طرح التساؤلات التالية:

1- هل ينطبق مفهوم المسير على مفهوم الموظف؟.

2- هل المسير هو المسؤول جزائياً وحده عن الجرائم التي ترتكب داخل المؤسسات العمومية الاقتصادية؟.

3- ما مدى مسؤولية الممثل القانوني في جرائم المؤسسات؟.

وستتم معالجة هذه التساؤلات عن طريق اللجوء إلى قانون الإجراءات الجزائية وقانون الفساد والقانون التجاري:

01- لقد ثار جدال فقهي حول مدى اعتبار المسير موظفاً أم لا باعتبار أنه يقوم بأعمال التسيير في القطاع العام والقطاع الخاص، وبالرجوع إلى المشرع فقد نص في المرسوم التنفيذي رقم 90 - 290⁵ فقد نص في مادته الثانية (2) و التي تحدد صفة المسيرين على أنه: "يعتبر مسير قصد تطبيق هذا المرسوم كل من المسير الأجير الرئيسي المدير العام أو الوكيل أو أي مسير أجير رئيسي آخر لأي شركة ذات رؤوس أموال تربطها علاقة عمل وجهاز إدارة أو مجلس إدارة أو مجلس مراقبة أو أي جهاز إداري آخر للشركة المذكورة، إدارات المديرية الدين يعينهم المدير العام".

وبالتالي فإن المسير و إن كان يتمتع بهذه الصفة في القانون التجاري فهو ليس كذلك بالنسبة للمرسوم التنفيذي 290/90 ومثال ذلك أعضاء مجلس الإدارة يعتبرهم القانون التجاري وكلاء اجتماعيين لكن المرسوم السالف الذكر أضفى عليهم صفة المسير، إلا أن المشرع

¹ - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، المرجع السابق، ص 32-33.

² - مقني بن عمار، مفهوم الجريمة الاقتصادية في القانون المقارن، مركز البصيرة، مجلة الدراسات القانونية، دار الخلدونية، ع 11، الجزائر، 2011، ص 42.

³ - جرائم أصحاب الياقات البيضاء هي جرائم يرتكبها أشخاص محترمون ولهم مكانة اجتماعية مرموقة بمناسبة تنفيذهم مهامهم الوظيفية.

⁴ - نوري الهموندي، المرجع السابق، ص 330.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 90 290 - المؤرخ في 29 سبتمبر 1990 المتعلق بالنظام النوعي الخاص بعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات، جريدة رسمية عدد 42 لسنة 1990.

حسم الأمر وذلك بموجب المادة 2/2 من قانون الفساد بنصها: "... ب- "موظف عمومي" 2- كل شخص آخر يتولى ولو مؤقتا وظيفة أو وكالة بأجر أو بدون أجر و يساهم بهذه الصفة في خدمة هيئة عمومية أو مؤسسة عمومية أو أية مؤسسة أخرى تملك الدولة كل أو بعض رأسمالها أو أية مؤسسة أخرى تقدم خدمة عمومية".

(02)- لقد تم توضيح فيما سبق بأن المؤسسة العمومية الاقتصادية تسير من طرف عدة أجهزة، فما المقصود الذي جاء به المشرع بقوله المسير في نص المادة 6 مكرر، وهل يتحمل المسؤولية كاملة في حالة قيام أجهزة التسيير بارتكاب إحدى جرائم المؤسسات؟.

- نص المشرع على أنه يمكن أن تكون المؤسسة العمومية الاقتصادية في شكل شركات مساهمة¹ وبالتالي هي تسير من طرف مجموعة من الأجهزة: - إما من قبل الجمعية العامة، مجلس المديرين، مجلس المراقبة. أو من قبل جهاز الإدارة وجهاز التسيير الذي يتشكل من المدير العام و الذي يعين من طرف مجلس الإدارة بناء على اقتراح الرئيس، رئيس مجلس المديرين، رئيس مجلس الإدارة يعين من طرف مجلس الإدارة².

أما بخصوص تحمله المسؤولية الجنائية لوحده فهو لا يتطابق مع مبدأ شخصية الجريمة و العقوبة لأن المسير من الناحية المالية للمؤسسة يوجد تحت رقابة دقيقة من قبل المحاسبين ومراقبي الحسابات، وأن المؤسسات العمومية الاقتصادية يجعل أمر إدارتها وتسييرها عملا ضخما وبالتالي لم يعد يكفي لها المسير وحده وإنما أصبحت تسير من طرف مجموعة من الأجهزة، وعليه فانه لا يمكن أن يتحمل المسؤولية الجزائية كاملة و لوحده و إنما تكون حسب مساهمته في الجريمة³.

(03)- بالرغم من أن المشرع الجزائري قرر مسؤولية الممثل القانوني للشخص المعنوي في نص المادة 65 مكرر⁴ من قانون الإجراءات الجزائية، ومسؤولية المسير في نص المادة 6 مكرر من نفس القانون، إلا أنه لا يعد تناقض في تقرير المسؤولية الجزائية، إذا كان المسير عبارة عن جهاز من أجهزة تسيير المؤسسة فتقوم المسؤولية في حقه إذا ارتكبت الجريمة لحسابه الخاص أما إذا ارتكبها لصالح الشخص المعنوي فهنا تقوم مسؤولية هذا الأخير طبقا لنص المادة 51 مكرر من قانون العقوبات⁵.

أما بخصوص الممثل القانوني فهو فقط يمثل المؤسسة في معاملاتها مع الغير وفي نزاعاتها أمام المحكمة وبالتالي لا يمكن مساءلته جزائيا عن عمل لم يقم به، إلا أنه بالتمعن في نصوص القانون التجاري فقد أعطى القانون الحق لأجهزة التسيير والإدارة بأن تكون الممثلة القانونية للشخص المعنوي⁶.

وعليه، فانه يمكن إيجاد شخص طبيعي رئيس مجلس المديرين في جهاز التسيير وفي نفس الوقت يعد المفوض القانوني لتمثيل الشخص المعنوي، وهنا القاضي الجزائري يجد نفسه مطبقا لنص المادة 6 مكرر والمادة 65 مكرر 2 من قانون الإجراءات الجزائية على شخص واحد وهو المسير والممثل القانوني ارتكب جريمة من جرائم أعمال التسيير.

وبالرغم من أنه ارتكبت جرائم التسيير داخل المؤسسة العمومية الاقتصادية وتوافرت صفة الجاني إلا أنه لا يمكن تحريك الدعوى العمومية إلا وفقا لإجراءات فرضتها المادة 6 مكرر من الامر 02/15، وهذا ما سيتم دراسته في المبحث الثاني.

1- انظر المواد من 592 إلى غاية 641 من القانون التجاري.

2- لمزيد من المعلومات حول أجهزة الإدارة والتسيير عن مهامهم وتشكيلتهم يرجى الرجوع إلى المواد 610 وما يليها من القانون التجاري.

3- طيفوري زواوي، المرجع السابق، ص 9.

4- تنص المادة 65 مكرر 2 على أنه: "يتم تمثيل الشخص المعنوي في إجراءات الدعوى من طرف ممثله القانوني الذي كانت له الصفة عند المتابعة".

5- تنص المادة 51 مكرر على أنه: "... يكون الشخص المعنوي مسؤولا عن الجرائم التي ترتكب لحسابه من طرف أجهزته أو ممثليه الشرعيين عندما ينص القانون على ذلك. - إن المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي لا تمنع مساءلة الشخص الطبيعي كفاعل أصلي أو شريك في نفس الأفعال".

6- انظر المواد 638-639-652 من القانون التجاري.

المبحث الثاني

قيد تحريك الدعوى العمومية

طبقا لنص المادة 1/29 من قانون الإجراءات الجزائية فإن النيابة العامة حق تحريك ومباشرة الدعوى العمومية باسم المجتمع والمطالبة بتوقيع العقاب، وإن كانت هذه القاعدة العامة فترد عليها استثناءات وذلك بوضع قيود لها حيث لا تحرك الدعوى العمومية من طرف النيابة العامة إلا بتواجدها وهي الشكوى، الإذن والطلب.

وبالرجوع إلى نص المادة 6 مكرر من القانون السالف الذكر فإن المشرع اشترط توافر قيد الشكوى في الجرائم التي ترتكب من طرف المسير داخل المؤسسات العمومية الاقتصادية، وذلك بتقديمها من طرف هيئة متواجدة اجتماعية، وقرر لها مسؤولية جزائية في حالة عدم تقديم هذه الشكوى وهذا ما سيتم دراسته في المطالب التالية.

المطلب الأول: قيد الشكوى.

الشكوى هي تعبير عن إرادة المجني عليه ترتب أثارا قانونية في نطاق الإجراءات الجزائية وهو رفع المانع الإجرائي من أمام النيابة العامة بقصد تحريك الدعوى العمومية، فهي تعني إذن زوال القيد الذي كان يحيد من حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى وبتقديم الشكوى تسترد النيابة العامة حريتها¹.

وتعرف الشكوى على أنها الإخطار الذي يقدمه المجني عليه إلى السلطات المختصة طالبا تحريك الدعوى العمومية بشأن جرائم معينة حظر المشرع تحريكها قبل تقديم الشكوى². وفي التعديل الجديد اشترط المشرع تقديم شكوى في الجرائم المرتكبة ضد أعمال التسيير وهي السرقة، الاختلاس، التلف والضياع، وذكرها على سبيل الحصر، بمعنى أنه في حالة ارتكاب جرائم داخل المؤسسة العمومية الاقتصادية، والتي لم يتم ذكرها مثل جرائم التزوير يحق للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية تلقائيا، وهو ما يفهم من نص المادة 6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

وقيد الشكوى لا يعتبر إجراء جديد في المنظومة القانونية الجزائرية وإنما يعتبر كذلك في تعديل قانون الإجراءات الجزائية، لأن المشرع تبناه في نص المادة 119³ من قانون العقوبات⁴ الملغاة، وقد ألغيت هذه المادة نظرا لنقصها وغموضها بموجب قانون 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته و أصبح ينص على صفة الجاني في المادة الثانية منه، وعلى جرائم اختلاس الأموال العامة في المادة 29⁵ والأموال الخاصة في المادة 41⁶.

الفرع الأول: الهدف من ورود قيد الشكوى.

مما لا خلاف فيه أن أعمال التسيير لا يمكن تقديرها إلا من طرف هيئات الرقابة والأطراف المؤهلة المالكة للرأس المال على مستوى المؤسسة العمومية الاقتصادية وإن هذه الجرائم تستلزم تمييز أركانها المادية عن غيرها من أعمال التسيير ولا يتحقق ذلك إلا بمبادرة أجهزة

¹ - سليمان عبد المنعم، أصول الإجراءات الجزائية في التشريع والقضاء والفقه، ط2، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، لبنان، 1999، ص240.

² - أحمد شوقي الشلقاني، مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، ج1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص41.

³ - تنص المادة 119 من قانون العقوبات في فقرتها 03 الملغاة على أنه: "عندما ترتكب الجرائم المنصوص عليها في المادة 119 مكرر أو 128 مكرر أو 128 مكرر أو 128 مكرر 1 إضرارا بالمؤسسات العمومية الاقتصادية التي تملك الدولة كل رأس مالها أو ذات الرأسمال المختلط فإن الدعوى العمومية لا تحرك إلا بناء على شكوى من أجهزة الشركة المعنية المنصوص عليها في القانون التجاري وفي القانون المتعلق بتسيير رؤوس الأموال التجارية للدولة".

⁴ - الأمر رقم 01-09، المؤرخ في 26 جوان 2001، المعدل والمتمم للأمر رقم 66-156، المتضمن قانون العقوبات.

⁵ - تنص المادة 29 من القانون رقم 01-06 على أنه: "... كل موظف عمومي ... ممتلكات أو أموال مالية عمومية ...".

⁶ - تنص المادة 41 من القانون رقم 01-06 على أنه: "... كل شخص ... اختلاس ... أموال مالية خصوصية ...".

الرقابة والأطراف المؤهلة عن طريق رفع شكوى هذا من جهة، ومن جهة أخرى وبشأن التطبيق القضائي فإن المتابعة الجزائية كانت تتخذ في ظل غياب شكوى هيئات الرقابة للمؤسسة العمومية الاقتصادية، وبالتالي فإن النيابة العامة تحل محلهم لرفع الدعوى وحماية أموال المؤسسة، وبعد أن ألغى المشرع الشكوى حاول الرجوع إليها عن طريق مشروع قانون 2011، ورفض البرلمان التعديل¹ إلى غاية 2015، والذي تبناه في المادة 6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية.

والمشرع الجزائري أحسن ما فعل عند إعادة إدراجه لقيد الشكوى في جرائم المؤسسات العمومية الاقتصادية، نتيجة لما أثبتته الواقع العملي فكثيرا من الأشخاص أصبحوا يتفادوا منصب المسير ويخافون من تولي المهام، وحتى وإن قاموا بعمل المسير فإنهم لا يساهمون في تحقيق مصلحة المؤسسة خوفا من المسؤولية الملقاة على عاتقهم لتوافر فيهم عنصر العلم، وبالتالي فإن الشكوى وجدت لحماية المسير و لمنحه الثقة اللازمة للقيام بعمله، خاصة وأن الهيئة الرقابية للمؤسسة هي التي تحدد إن كانت أعمال المسير تستدعي تقديم شكوى أم لا، وإن كان هذا هو الهدف من الشكوى فهل يمكن أن تتقدم أو تنقضي الدعوى العمومية بمناسبة قيد الشكوى؟.

الفرع الثاني: تقدم الدعوى العمومية في جرائم المؤسسات.

بالرغم من أن المشرع الجزائري وضع قيد الشكوى لتحريك الدعوى العمومية لحماية المؤسسة العمومية الاقتصادية من جرائم أعمال التسيير، إلا أنه في المقابل سعى إلى حماية المال العام والاقتصاد الوطني، وذلك بالخروج عن القواعد العامة في مسألة تقدم الدعوى العمومية وجعلها من الجرائم التي لا تنقضي، وهذا ما جاءت به المادة 8 مكرر² من قانون الإجراءات الجزائية، حتى لا يجعل أي ثغرة قانونية يمكن للمسيرين ارتكاب الجرائم و التهرب من المسؤولية الجزائية وبالتالي هذا تأكيد على خطورة الجريمة المرتكبة ضد المال العام.

الفرع الثالث: انقضاء الدعوى العمومية في جرائم المؤسسات.

لقد نصت المادة 3/6 من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "تنقضي الدعوى العمومية بتنفيذ اتفاق الوساطة وبسحب الشكوى إذا كانت شرطا لازما للمتابعة". فهل تنطبق هذه الفقرة على جرائم المؤسسات العمومية الاقتصادية؟، وهو ما يقودنا إلى البحث في مسألة التنازل عن الشكوى.

إن الحق في الشكوى هو حق شخصي يتعلق بالجني عليه وقد رتب القانون على ذلك نتيجتين الأولى تنقضي الشكوى بموت الجني عليه، والثانية أن يتقدم بها إما بنفسه أو بواسطة وكيل³، ولهذا كان من الأجدر على المشرع التنصيص على قيد الطلب⁴ لأنه لا يسقط بوفاة الشخص أو الموظف الذي ينتمي إلى الهيئة الرقابية بمعنى يقدم الطلب من صاحب السلطة فهو متعلق بالوظيفة وليس بشخص مقدم الشكوى⁵، ولأنه أيضا يحمي المال العام للدولة و المساس به يعتبر من الجرائم التي لا يجوز التنازل عنها.

المطلب الثاني: الجهة المعنية بتقديم الشكوى.

1- أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائي الخاص، المرجع السابق، ص69.

2- تنص المادة 8 مكرر على أنه: "لا تنقضي الدعوى العمومية بالتقدم في الجنايات والجناح الموصوفة بأفعال إرهابية وتخريبية وتلك المتعلقة بالجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية أو الرشوة أو اختلاس الأموال العمومية".

3- مصطفى الدسوقي، قيود الدعوى الجنائية بين النظرية والتطبيق، دار محمود للنشر والتوزيع، مصر، 1997، ص238.

4- يعرف الطلب على أنه يعهد القانون إلى إحدى هيئات الدولة ومصالحها بتقرير ملائمة تحريك الدعوى العمومية بصدد جريمة ألحقت ضرر بها إذ تكون هذه الجهات أكثر قدرة من النيابة العامة على الإحاطة بكافة الظروف والملابسات المتصلة بهذه الجريمة فتطلب منها تحريك الدعوى العمومية أو تمتنع عن ذلك، مقتبس عن أحمد شوقي الشلقاني، المرجع السابق، ص50.

5- المرجع نفسه، ص51.

المشرع اشترط تقديم قيد الشكوى من قبل هيئات اجتماعية للمؤسسة ، بمفهوم المخالفة الجهة المخول لها تقديم الشكوى تتمتع بحق الرقابة والإشراف على أعمال تسيير المؤسسة وهي أدري بمصلحة هذه الأخيرة وبالرجوع إلى القوانين العامة والخاصة التي تحكم سير المؤسسات العمومية الاقتصادية فيوجد عدة أنواع للرقابة الممارس عليها:

الفرع الأول: رقابة داخلية.

وتتمثل في أجهزة المؤسسة العمومية الاقتصادية التي اعتمد عليها المشرع في تسيير أعمالها باعتبارها أدري وأعلم بالأهداف التي تسعى إلى تحقيقها، وهي:

- رقابة الجمعية العامة المادة 628 من القانون التجاري.
- رقابة جهاز الإدارة المواد 654 و 655 من القانون التجاري.
- رقابة جهاز التسيير المادة 638 من القانون السالف الذكر.
- رقابة محافظ الحسابات والذي يعرف بأنه كل شخص يمارس بصفة عادية باسمه الخاص وتحت مسؤوليته مهمة المصادقة على صحة حسابات الشركات والهيئات وانتظامها ومطابقتها لأحكام التشريع المعمول به¹.

الفرع الثاني: رقابة خارجية.

بالرغم من أن المشرع منح استقلالية واسعة للمؤسسات العمومية الاقتصادية إلا أنه في نفس الوقت فرض عليها رقابة من قبل جهات وصية بموجب نصوص قانونية وهذا للحفاظ على المال العام²، وهي:

- السلطة التنفيذية.

- شركات مساهمات الدولة، شركات مجلس المساهمات والتي جاء بها القانون التجاري و الأمر 04/01 السالف الذكر.

الفرع الثالث: رقابة الأجهزة المركزية المتخصصة.

وتشمل مجموعة من الأجهزة تتمثل في:

- مجلس المنافسة³.
- مجلس المحاسبة³.
- المتفشية العامة للمالية⁴.

ولأن الرقابة على المال العام من أخطر العمليات التي تمارس على المؤسسة العمومية الاقتصادية كان على المشرع أن يضبط مصطلح الهيئات الاجتماعية وذلك باستخدامه مصطلح هيئات رقابية لأنه حتى رقابة العمال تعد هيئة اجتماعية داخل المؤسسة، وأن يحدد بالتدقيق الجهة المخول لها تقديم الشكوى نظرا لتعدد أنواع الرقابة الممارسة على المؤسسة.

المطلب الثالث: مسؤولية الجهات المعنية في حالة عدم تقديم الشكوى.

1- مغربي خلف الله، النظام القانوني للمؤسسة العمومية الاقتصادية في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة ماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق، جامعة سعيدة، 2015-2016، ص60.

2- لمزيد من المعلومات يرجى الرجوع إلى: المرجع نفسه، ص63 وما يليها.

3- الأمر رقم 95-20، المؤرخ في 17 جويلية 1995، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-02، المؤرخ في 26 أوت 2010، المتعلق بمجلس المحاسبة، ج.ر.ج.ج، ع 50، 2010.

4- المرسوم التنفيذي رقم 09-96، المؤرخ في 22 فيفري 2009، يحدد شروط وكيفيات رقابة وتدقيق المفتشية العامة لتسيير المؤسسة العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج.ج، ع 14، 2009.

لقد نصت المادة 2/6 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية على أنه: "يتعرض أعضاء الهيئات الاجتماعية للمؤسسة الذين لا يبلغون عن الوقائع ذات الطابع الجزائي للعقوبات المقررة في التشريع الساري المفعول".

ويستنتج من هذه الفقرة أن المشرع قرر مسؤولية جزائية في حالة عدم تبليغ أعضاء الهيئات الاجتماعية عن الجرائم التي ترتكب من طرف المسير داخل المؤسسة العمومية الاقتصادية والتي تمس بأعمال التسيير وقرر لهم عقوبات جزائية، وبالتالي هل كان المشرع يقصد نص المادة 181 من قانون العقوبات؟.

وبالرجوع إلى نص هذه المادة فإنها تنص على أنه: "فيما عدا الحالة المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 91¹ يعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وبغرامة من 1000 إلى 10.000 د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من يعلم بالشروع في جناية أو بوقوعها فعلا ولم يخبر السلطات فورا".

وما يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع وصف الفعل بجناية و عاقب حتى على الشروع فيها وأنه في غالب الأحيان يلجأ إلى تشديد الجرائم الماسة بالمال العام لتحقيق الردع الكافي لمحاربة هذا النوع من الجرائم، إلا أنه يصعب تطبيق هذه المادة لأن الهيئة الاجتماعية هي الجهة الوحيدة المخول لها تقديم الشكوى في حالة ارتكاب جرائم أعمال التسيير وهي التي تحدد إن وجدت خروقات قانونية داخل المؤسسة العمومية الاقتصادية.

خاتمة:

وفي الأخير يستنتج مما سبق ذكره، أن المادة 6 مكرر التي تضمنها الأمر رقم 02/15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية وضحت خصوصية إجراء تحريك الدعوى العمومية بالنسبة للجرائم المرتكبة داخل المؤسسات العمومية الاقتصادية وربطتها بأعمال التسيير التي تؤدي إلى السرقة، الاختلاس، التلف والضياع واشترطت حتى يمكن متابعة الشخص بهذه الجريمة أن يكون مسيرا داخلها وأن تقدم شكوى من طرف الهيئات الاجتماعية، وفي حالة تهاونها عن التبليغ بالجرائم تطبق عليها عقوبات جزائية.

وتكمن مشكلة عدم فعالية النصوص القانونية في أنها تصدر مسيرة و أنية لارتكاب الفعل الإجرامي وذلك لمعالجتها حالا وليس مستقبلا، وبالتالي فإن الهدف من وجود النص هو معالجة حالة واقعية أنشأتها الظروف المحيطة بها، وهو غير متوفر في نص المادة 6 مكرر باعتباره غامض وغير واضح، يحتاج إلى ضرورة مراجعة وإعادة النظر من طرف المشرع بما يتماشى مع معالجته للحالة الواقعية. وحتى يؤدي النص فعاليته يمكن تقديم الاقتراحات التالية:

- قيد الشكوى هو حماية للمؤسسات العمومية الاقتصادية وبالتالي على المشرع إعطاء حماية كافية و ذلك بتوسيعه لعدد الجرائم.
- يجب على المشرع إعادة النظر في مسألة حصر الشكوى بأعمال التسيير لأنه في حالة توافر جرائم أخرى يحق للنيابة العامة تحريك الدعوى العمومية تلقائيا.
- تبني المشرع قيد الطلب بدلا من قيد الشكوى لأنه يتناسب مع هذا النوع من الجرائم.
- اعتماد المشرع على مصطلح الهيئات الرقابية بدل الهيئات الاجتماعية لتقديم الشكوى.
- ضرورة توضيح المشرع للهيئات المخول لها تقديم الشكوى على أساس أنه توجد هيئات داخلية و خارجية للمؤسسة ومن التي لها الأسبقية.
- لا بد على المشرع أن يضبط مسألة سحب الشكوى في جرائم المؤسسات العمومية الاقتصادية كسبب من أسباب انقضاء الدعوى العمومية.

¹- تنص الفقرة الأولى من المادة 91 من قانون العقوبات على أنه: "... مع عدم الإخلال بالواجبات التي يفرضها سن المهنة ...".

خصوصية عقد الامتياز الفلاحي وتحدي الأمن الغذائي في الجزائر؛

دراسة تحليلية في القانون رقم: 03/10

Privacy of concession agricultural Contract and challenge food security in Algeria ;

Astudy in law n. 10/03

أ. جيلالي بلحاج، أستاذ مساعد قسم (أ)،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/08/09 / تاريخ المراجعة: 2018/10/02

ملخص:

أولت الجزائر أهمية كبيرة للقطاع الفلاحي بهدف رفع إنتاجيته وتحقيق الأمن الغذائي، لذا تبنت أسلوب الامتياز كنمط جديد للاستغلال الفلاحي، هذا الأخير الذي يتماشى ومتطلبات التوجه نحو اقتصاد السوق الذي يقوم عليه النظام الرأسمالي، وكحتمية للرفع من القيمة الإنتاجية للأرض الفلاحية وتوسيع رقعة الاستثمار خارج قطاع المحروقات بعد الأزمات التي شهدتها من خلال تذبذب أسعار النفط.

الكلمات المفتاحية:

الامتياز الفلاحي، الاستثمار، الأمن الغذائي.

Abstract:

Algeria has given great importance to the agricultural sector in order to raise its productivity and achieve food security. Therefore, it adopted the technique of concession as a new mode of agricultural exploitation, which is in line with the requirement of the market economy on which the capitalist system is based and the necessity of increasing the productive value of the agricultural land after crises occurred by fluctuating oil prices.

Key words:

agricultural concession, investment, food security.

مقدمة:

نظرا لأهمية العقار الفلاحي وخاصة التابع للأمولاك الوطنية الخاصة، نص المشرع الجزائري في القانون رقم 10-03 المؤرخ في 2010/08/15⁽¹⁾، على أنه "يعد الامتياز النمط الوحيد لاستغلال الأرض الفلاحية"، وهذا بعد أن عرفت هذه الأراضي عدة أنماط للاستغلال عقب الاستقلال بدءا بنظام التسيير الذاتي في الفلاحة، فنظام الثورة الزراعية الذي منح المشرع بموجبه للفلاحين حق انتفاع مؤبد على مجمل الأراضي الفلاحية في شكل تعاونيات فلاحية، ليصدر بعدها القانون رقم 87-19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية⁽²⁾، الذي منح لمجموعة المنتجين حق انتفاع دائم.

كل هذه القوانين كان الهدف من إصدارها محاولة تطوير القطاع الفلاحي لرفع الإنتاج الزراعي في المجال الغذائي، ولأن العقار الفلاحي أصبح من الانشغالات الهامة التي توليها الدولة أهمية كبرى خاصة بعد انخفاض أسعار النفط، حيث ترى في إصلاح القطاع

¹ - القانون رقم 10-03 المؤرخ في 2010/08/15، المحدد لشروط وكيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، الجريدة الرسمية عدد 46، لسنة 2010.

² - القانون رقم 87-19 المؤرخ في 1987/12/08، المتضمن كيفية استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الوطنية وتحديد حقوق المنتجين وواجباتهم، الجريدة الرسمية عدد 50، لسنة 1987.

الفلاحي دعم للتنمية الاقتصادية من خلال ما يؤديه من دور في تحقيق الأمن الغذائي ومساهمته في دفع عجلة الاستثمار خارج قطاع المحروقات.

وبالرجوع لأحكام القانون رقم 10-03، والمرسوم التنفيذي له رقم 10-326⁽¹⁾، يتبين لنا أن عقد الامتياز كأسلوب لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية الخاصة يتميز بخصوصية عن بقية طرق الاستغلال المتعاقبة، فإما ترى هل أصاب المشرع في تكريسه لعقد الامتياز كأسلوب لاستغلال الأراضي الفلاحية؟ وما مدى نجاعته في تحقيق الأمن الغذائي؟ وللإجابة على هذه الإشكالية قسمت هذه الدراسة إلى مبحثين أتطرق في المبحث الأول إلى بعض المفاهيم العامة التي يتطلبها الموضوع وفي المبحث الثاني أتطرق إلى مدى مساهمة أسلوب الامتياز في تحقيق الأمن الغذائي.

المبحث الأول

مفاهيم عامة

يعد الامتياز تجربة جديدة في ميدان استغلال الأملاك الوطنية حيث يعكس توجه الدولة نحو الاهتمام بالاقتصاد الوطني خارج قطاع المحروقات وبخاصة القطاع الفلاحي، مما يستدعي الخوض في هذا المجال بأبعاد اقتصاد السوق الذي يفتح المجال أمام استثمار رؤوس الأموال نظرا لإستراتيجية وحيوية القطاع الفلاحي في تحقيق الأمن الغذائي. وعليه سأتطرق في هذا المبحث لتحديد مفهوم كل من الأرض الفلاحية، عقد الامتياز الفلاحي والأمن الغذائي.

المطلب الأول: مفهوم الأرض الفلاحية.

سنستطرق في هذا المطلب لتعريف الأرض الفلاحية، ثم لتصنيف الأرض الفلاحية.

الفرع الأول: تعريف الأرض الفلاحية.

عرف المشرع الجزائري الأرض الفلاحية في نص المادة 04 من القانون رقم 90-25 المتعلق بالتوجيه العقاري⁽²⁾، كما يلي الأرض الفلاحية أو ذات الوجهة الفلاحية هي كل أرض تنتج بتدخل الإنسان سنويا أو خلال عدة سنوات إنتاجا يستهلكه البشر أو الحيوان، أو يستهلك في الصناعة استهلاكاً مباشراً أو بعد تحويله. وتقدر مساحة هذه الأراضي بـ: 47 مليون هكتار، منها 32 مليون هكتار سهوب، 07 ملايين هكتار غابات وأحراش و 8.5 مليون هكتار صالحة للزراعة، ومنها 2.5 مليون هكتار تابعة للأموال الوطنية الخاصة⁽³⁾.

الفرع الثاني: تصنيف الأرض الفلاحية.

اعتمد المشرع الجزائري على معيارين لتصنيف الأراضي الفلاحية، المعيار الأول قائم على التركيبة الجيولوجية للتربة، تبعاً لهذا المعيار جاء في نص المادة 05 من قانون التوجيه العقاري تصنيف الأراضي الفلاحية إلى أراضي خصبة جداً، أراضي خصبة، أراضي متوسطة الخصب وأراضي ضعيفة الخصب.

أولاً: الأراضي الفلاحية الخصبة جداً.

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 10-326 المؤرخ في 2010/03/19، المحدد لكيفيات تطبيق حق الامتياز لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية للدولة، الجريدة الرسمية عدد 76، لسنة 2010.

² - القانون رقم 90-25 المؤرخ في 1990/11/18، المتعلق بالتوجيه العقاري، ج ر عدد 49. المعدل والمتمم بالأمر رقم 95-26 المؤرخ في 1995/10/25، الجريدة الرسمية عدد 55، لسنة 2010.

³ - الجريدة الرسمية للمناقشات الصادرة بتاريخ 2010/07/21، العدد 159، لسنة 2010، ص 03.

وهي الأراضي العميقة الحسنة التربة، المسقية أو القابلة للسقي والتي تكون طاقتها الإنتاجية عالية⁽¹⁾.
ثانيا: الأراضي الفلاحية الخصبة.

وهي الأراضي المتوسطة العمق، المسقية أو القابلة للسقي أو الأراضي الحسنة العمق غير المسقية والواقعة في مناطق رطبة أو شبه رطبة ولا تحتوي على أي عائق طبوغرافي⁽²⁾.

ثالثا: الأراضي الفلاحية المتوسطة الخصب.

وهي الأراضي المسقية التي تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية وفي العمق، والأراضي غير المسقية المتوسطة العمق ونسبة الأمطار فيها متغيرة ولا تحتوي على عوائق في الطبوغرافية، كما تشمل الأراضي غير المسقية التي تحتوي على عوائق متوسطة في الطبوغرافية وفي العمق ورسوخها كبير ونسبة الأمطار فيها متغيرة، والأراضي غير المسقية المتوسطة العمق ونسبة الأمطار فيها متوسطة أو مرتفعة مع عوائق متوسطة في الطبوغرافية⁽³⁾.

رابعا: الأراضي الفلاحية الضعيفة الخصب

وهي الأراضي التي تحتوي على عوائق طبوغرافية كبيرة وعوائق في نسبة الأمطار والعمق والملوحة والبنية والانجراف⁽⁴⁾. أما المعيار الثاني لتصنيف الأراضي الفلاحية فهو قائم على أساس المناخ ومدى خضوع الأرض لنظام الري والذي حدده قانون المالية لسنة 1989⁽⁵⁾، وهو نفس التصنيف الذي وضعه القانون رقم 90-25 حيث جعل لكل صنف منطقة خاصة به وهي المنطقة الساحلية، المنطقة الداخلية، المنطقة السهبية والمنطقة الصحراوية.

المطلب الثاني: مفهوم عقد الامتياز الفلاحي

بذلت الجزائر جهود كبيرة من أجل النهوض بالقطاع الفلاحي الذي عولت عليه للتقليل من مخاطر انخفاض أسعار النفط المتكررة إلا أن الواقع كشف عن مجموعة من السلبات التي تخبط فيها هذا القطاع لا سيما من حيث ضعف إنتاجيته⁽⁶⁾، أمام هذا الوضع غيرت من أسلوب استغلال العقار الفلاحي التابع للأمولاك الخاصة للدولة ليتماشى ونظم الاستثمار الحديثة حيث تبنت أسلوب الامتياز فكيف يمكننا تعريف هذا الأسلوب، وفيما تتمثل شروط الاستفادة منه.

الفرع الأول: تعريف عقد الامتياز الفلاحي.

الامتياز كأسلوب جديد لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 08 من القانون رقم 08-16 المتعلق بالتوجيه الفلاحي⁽⁷⁾، بأنه الامتياز عقد تمنح بموجبه السلطة المانحة لشخص حق استغلال العقارات الفلاحية لمدة محددة مقابل دفع إتاوة سنوية، كما عرفه في نص المادة 04 من القانون رقم 10-03 بأنه الامتياز هو العقد الذي تمنح بموجبه

¹ - أنظر المادة 06 من القانون رقم 90-25.

² - أنظر المادة 07 من نفس القانون.

³ - أنظر المادة 08 من القانون رقم 90-25.

⁴ - أنظر المادة 09 من نفس القانون.

⁵ - أنظر المادتين 80 و 81 من القانون رقم 88-33 المؤرخ في 1988/12/31، المتضمن قانون المالية لسنة 1989، الجريدة الرسمية عدد 54، لسنة 1988. تم تعديل هاتين المادتين في قانون المالية لسنة 1994.

⁶ - أحمد سعد الدين، العقار الفلاحي بين ضرورة التوجيه وواجب الحماية، المجلة النقدية للقانون والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، العدد 01، لسنة 2016، ص 44-45.

⁷ - القانون رقم 08-16 المؤرخ في 2008/08/03، المتعلق بالتوجيه الفلاحي، الجريدة الرسمية عدد 46، لسنة 2008.

الدولة شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية يدعى المستثمر صاحب الامتياز حق استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة وكذا الأملاك السطحية المتصلة بها، بناء على دفتر شروط يحدد عن طريق التنظيم لمدة أقصاها أربعون (40) سنة قابلة للتجديد مقابل دفع إتاوة سنوية، تضبط كفاءات تحديدها وتحصيلها وتخصيصها بموجب قانون المالية⁽¹⁾.

فعقد الامتياز الفلاحي يعتبر عقد من عقود الاستثمار التي اعتمدت عليها الدولة في بناء اقتصاد السوق القائم على انسحاب الدولة من المجال الاقتصادي واحتفاظها بحق الرقابة مما يسمح بتحقيق الفعالية الاقتصادية في استغلال المستثمرة بشكل مباشر من قبل المستثمر الفلاحي⁽²⁾.

الفرع الثاني: شروط وإجراءات منح الامتياز الفلاحي.

يمنح الامتياز الفلاحي إما عن طريق تحويل حق الانتفاع الدائم أو عن طريق إعلان الترشح وقد حددت المواد 05، 07، 09 و 25 من القانون رقم 10-03 والمرسوم التنفيذي رقم 10-326، والقرار الوزاري المؤرخ في 11 نوفمبر 2012⁽³⁾، شروط وإجراءات منح الامتياز.

أولا: شروط منح الامتياز.

وتتعلق هذه الشروط إما بالمتلقي أو بالأرض محل الامتياز، فمن بين هذه الشروط نذكر:

- أن يكون المتلقي شخصا طبيعيا من جنسية جزائرية أصلية أو مكتسبة، ويثبت ذلك بتقديم بطاقة التعريف الوطني؛
- أن يكون المتلقي عضو بمستثمرة فلاحية جماعية أو فردية في إطار القانون رقم 87-19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية؛
- أن يكون طالب الامتياز بحوزته عقد رسمي مشهر أو قرار تخصيص من الوالي يثبت الحقوق العقارية الممنوحة في شكل مستثمرة فلاحية طبقا للقانون رقم 87-19؛
- أن يكون طالب الامتياز قد وفى بالتزاماته القانونية طبقا للمواد من 16 إلى 21 من القانون رقم 87-19، وخاصة فيما يتعلق بالاستغلال الشخصي والمباشر للأرض الفلاحية؛
- أن يودع طالب الامتياز ملفا إداريا يتضمن مجموعة من الوثائق على مستوى المقاطعة الفلاحية للدائرة طبقا لنص المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 10-326؛
- ألا يكون طالب الامتياز قد سلك سلوكا غير مشرف باتجاه ثورة التحرير الوطني؛
- وقد حدد القانون رقم 10-03 بعض الأشخاص الذين يقصون من الاستفادة من إجراء تحويل حق الانتفاع الدائم إلى حق امتياز⁽⁴⁾، وخاصة فيما يتعلق بالمستثمرين المهملين للأرض الفلاحية بالتنازل عنها أو الذين قاموا ببيع حق الانتفاع خارج نصوص القانون؛
- أن ينصب عقد الامتياز على الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة والتي كانت مستغلة في إطار القانون رقم 87-19 وعلى الأملاك السطحية التابعة لها، واستثنى المشرع من مجال تطبيق القانون رقم 10-03 الأراضي التابعة للمزارع النموذجية، الأراضي التابعة لمؤسسات التكوين والبحث العلمي، الأراضي التابعة لمعاهد التنمية والأراضي الخاضعة للقانون رقم 83-18 المتعلق بجائزة الملكية العقارية الفلاحية عن طريق الاستصلاح.

¹- الأمر رقم 10-01 المؤرخ في 2010/08/26، المتضمن قانون المالية التكميلي لسنة 2010، الجريدة الرسمية عدد 78، لسنة 2010.

²- مزواغ ميلود، عقد الامتياز الفلاحي في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون، مستغاف، 2014-2015، ص 11.

³- القرار الوزاري المؤرخ في 2012/11/11، المحدد لكفاءات إعلان الترشح ومعايير اختيار المترشحين لامتياز الأراضي الفلاحية والأملاك السطحية التابعة للأملاك الخاصة للدولة المتوفرة، المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 44، لسنة 2012.

⁴- أنظر المادة 07 من القانون رقم 10-03.

ثانيا: إجراءات منح الامتياز.

بعد إيداع الملف يقوم الديوان الوطني للأراضي الفلاحية أو اللجنة الولائية حسب الحالة بدراسته، ليقوم بعدها الديوان الوطني للأراضي الفلاحية بإعداد دفتر الشروط الذي حدد نمودجه المرسوم التنفيذي رقم 10-326⁽¹⁾، بحيث يجب أن يوقع من قبل طالب الامتياز ومدير الديوان الوطني للأراضي الفلاحية لمعرفة حقوق والتزامات طرفي عقد الامتياز، ليتم إرساله مع الملف الإداري إلى مديرية أملاك الدولة من أجل إعداد العقد المتضمن الامتياز من قبل مديرها، ويتم إعداد عقد امتياز باسم كل مستثمر في المستثمرة الفلاحية وبحصص متساوية إذا كانت المستثمرة جماعية وعلى الشيوخ طبقا لنص المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 10-326، والذي يمنح الحق في الاستغلال لمدة 40 سنة قابلة للتجديد.

المطلب الثالث: مفهوم الأمن الغذائي.

جاء في محضر مداوات المجلس الشعبي الوطني المنعقد بتاريخ 30 جويلية 2010 ما يلي: أن قضية الأمن الغذائي مشكلة حساسة يعانيتها العالم بأسره، والجزائر جزء من هذا العالم، كما جاء فيه أن هناك حد عالمي للاقتصاد الفلاحي لهذا لا بد على الدولة المحافظة على أمنها الغذائي⁽²⁾. وبناء على ما سبق سأطرق لتعريف الأمن الغذائي، ثم أتطرق إلى مستويات الأمن الغذائي.

الفرع الأول: تعريف الأمن الغذائي.

يُقصد بالأمن الغذائي قدرة المجتمع على توفير احتياجات التغذية الأساسية لأفراد الشعب وضمان حد أدنى من تلك الاحتياجات بانتظام، كما عرفه البنك الدولي على أنه إمكانية حصول كل الناس في كافة الأوقات على الغذاء الكافي واللازم لنشاطهم وصحتهم، ويتحقق الأمن الغذائي لقطر ما عندما يصبح لهذا القطر القدرة التسويقية والتجارية على إمداد كل المواطنين بالغذاء الكافي في كل الأوقات⁽³⁾.

وقد عرفه المشرع الجزائري في نص المادة 03 من القانون رقم 08-16 المتعلق بالتوجيه الفلاحي كما يلي: يقصد بالأمن الغذائي حصول ووصول كل شخص بسهولة وبصفة منتظمة إلى غذاء سليم وكاف يسمح له بالتمتع بحياة نشيطة. ما يمكن ملاحظته على هذا التعريف أنه ينطبق وتعريف منظمة الصحة العالمية للأمن الغذائي والذي يعني كل الظروف والمعايير اللازمة خلال عمليات إنتاج، تصنيع، تخزين، توزيع وإعداد الغذاء لضمان أن يكون الغذاء آمنا وموثوقا به وصحيا وملائما للاستهلاك الآدمي⁽⁴⁾.

كما نلاحظ أن هذا التعريف على غير تعريف الاكتفاء الذاتي الذي يعني قدرة المجتمع على تحقيق الاعتماد الكامل على النفس وعلى الموارد والإمكانات الذاتية في إنتاج كل احتياجاته محليا.

الفرع الثاني: مستويات الأمن الغذائي.

للأمن الغذائي مستويين اثنين المستوى الأول مطلق والمستوى الثاني نسبي، فعني بالأمن الغذائي المطلق إنتاج الغذاء داخل الدولة الواحدة بما يعادل أو يفوق الطلب المحلي وهذا المعنى يقترب من معنى الاكتفاء الذاتي. ونعني بالأمن الغذائي النسبي قدرة الدولة على توفير السلع والمواد الغذائية كليا أو جزئيا وضمان الحد الأدنى من تلك الاحتياجات بانتظام، وهذا ما يفتح المجال للدولة للتعاون مع الدول الأخرى لتحقيق أمنها الغذائي⁽¹⁾.

¹ - أنظر الملحق الثالث المرفق بالمرسوم التنفيذي رقم 10-326.

² - الجريدة الرسمية للمناقشات الصادرة بتاريخ 2010/07/21، العدد 160، لسنة 2010، ص 03.

³ - فوزية غربي، الزراعة العربية وتحديات الأمن الغذائي، حالة الجزائر، مركز دراسات الوحدة العربية، بيروت، الطبعة الأولى، 2010، ص 52-53.

⁴ - فوزية غربي، المرجع السابق، ص 53.

إن مسألة توفير الغذاء أصبحت جد ضرورية لارتباطها بحياة السكان وعليه بات لزاما على الدولة دعم توجهها الصارم في المجال الفلاحي بما يتماشى واقتصاد السوق بفتح المجال للاستثمار الذي يبقى الركيزة الأساسية للامتياز الفلاحي، بتبني مجموعة من الخطط والبرامج التي تستهدف تحقيق أكبر قدر من الرفاهية الاقتصادية للمجتمع الفلاحي وللمجتمع عامة عن طريق رفع الإنتاج الفلاحي وعدالة التوزيع الفلاحي⁽²⁾.

المبحث الثاني

مدى مساهمة أسلوب الامتياز في تحقيق الأمن الغذائي

نتيجة لفشل أغلب الأساليب المتعاقبة في استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، والتي نتج عنها تراجع دور القطاع الفلاحي في رفع الإنتاج الغذائي، فإن أسلوب الامتياز كطريقة جديدة للاستغلال يتمشى والنظام الاقتصادي القائم على الرفع من مستويات الاستثمار وخاصة في المجال الفلاحي نظرا للإمكانيات التي تتوفر عليها بلادنا، بناء على ما سبق سأحاول من خلال هذا المبحث التطرق لدراسة مدى ملائمة الامتياز كأسلوب للاستثمار الفلاحي، ومدى مساهمته في رفع الإنتاج الغذائي.

المطلب الأول: الامتياز كأسلوب للاستثمار الفلاحي.

من الأهمية الوقوف على المسائل الجديدة التي جاء بها القانون رقم 10-03 فيما يخص استغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأمولاك الخاصة للدولة، والتي تبرر محاولة إدماج طريقة الاستغلال ضمن السياسة الجديدة للدولة في مجال ترقية الاستثمار في القطاع الفلاحي، بترك المبادرة لأشخاص القانون الخاص، وعليه فإن أسلوب الامتياز يقوم على مجموعة من العناصر ذات الصلة بالاستثمار والتي سأبينها كما يلي.

الفرع الأول: استغلال الأرض الفلاحية في شكل مستثمرة.

باعتبار أن المستثمرة الفلاحية هي الآلية التي اعتمدها المشرع الجزائري في القانون رقم: 10-03 ومن قبله أيضا في القانون رقم: 87-19 فقد عرفتها المادة 46 من القانون رقم 08-16 بأنها المستثمرة الفلاحية وحدة إنتاجية تتشكل من الأملاك المنقولة وغير المنقولة ومن مجموع قطعان المواشي والدواجن والحقول والبساتين والاستثمارات المنجزة، وكذا القيم غير العادية بما فيها العادات غير المحلية. فالمستثمرة تعني إيجاد وسائل جديدة للاستغلال لإضفاء قيمة إضافية على الوحدة الإنتاجية⁽³⁾، وبالتالي يصبح النشاط الفلاحي نشاط استثماري قائم على مجموعة من العناصر وهي:

أولاً: عنصر الاستثمار.

يُقصد بالاستثمار الفلاحي كل مجهود هادف سواء من طرف شخص عمومي أو خاص من أجل تحقيق ربح مالي في القطاع الفلاحي، بمعنى النشاط الفلاحي الخاضع لمنطق الربح وتحسين المردودية الاقتصادية برفع الإنتاج الفلاحي لتغطية متطلبات السوق الوطنية وتحقيق فائض للتصدير، أي تحقيق الأمن الغذائي بمستوييه، ولا يتأتى ذلك إلا بتوظيف كل عنصر من عناصر المستثمرة الفلاحية سواء كانت حصة من عمل أو من مال⁽⁴⁾، ودمج مختلف عوامل الإنتاج المتوفرة من الأرض، رأس المال، وسائل الإنتاج، وسائل الري، العمل وتشغيلها قصد إنتاج مواد فلاحية لسد حاجيات المستهلكين والحصول على أفضل النتائج الممكنة، ولا يتم الاستثمار الفلاحي إلا في شكل مشروعات فلاحية تختلف عن المشروعات الاقتصادية من عد نواحي.

¹ - فوزية غربي، نفس المرجع السابق، ص 54.

² - سايج بوزيد، تأهيل القطاع الزراعي في الجزائر في ظل المتغيرات الاقتصادية العالمية، رسالة ماجستير في الاقتصاد، تلمسان، 2007، ص 32.

³ - عجة الجيلالي، أزمة العقار الفلاحي ومقترحات تسويتها، من تأميم الملك الخاص إلى خوصصة الملك العام، دار الخلدونية، الجزائر، 2005، ص 178.

⁴ - مزواغ ميلود، المرجع السابق، ص 29.

ثانيا: عنصر المستثمر.

غير المشرع في القانون رقم 10-03 من صفة مستغل الأرض الفلاحية وذلك من المصطلح التقليدي للفلاح إلى المصطلح الحديث الذي يتماشى ومتطلبات اقتصاد السوق حيث أطلق عليه تسمية المستثمر صاحب الامتياز الذي عرفته المادة 47 من القانون رقم 08-16 بأنه يعتبر مستثمرا فلاحيا كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا فلاحيا يتعلق بالتحكم وباستغلال دورة بيولوجية ذات طابع نباتي أو حيواني والتي تشكل مرحلة أو عدة مراحل ضرورية لسيروية هذه الدورة، وكذا الأنشطة التي تجري على امتداد عمل الإنتاج ولا سيما منها تخزين المواد النباتية أو الحيوانية وتوضيها وتحويلها وتسويقها عندما تكون هذه المواد متأتية حصرا من المستثمرة. كما يشارك المستثمر في تسيير المستثمرة ويستفيد من أرباحها، ويتحمل الخسائر التي قد تترتب عنها. فالمستثمر الفلاحي هو الذي يتخذ من النشاط الفلاحي مهنة معتادة له من أجل تلبية متطلبات أسرته ولا يكتفي بهذا الحد بل يجب أن يهدف من خلال نشاطه إلى تغطية متطلبات السوق الوطنية والتصدير في بعض الأحيان⁽¹⁾.

ثالثا: عنصر التمويل.

يُقصد بعملية التمويل توفير الأموال من أجل إنفاقها على الاستثمارات وتكوين رأس المال الثابت بهدف زيادة الإنتاج والاستهلاك⁽²⁾، وباعتبار الامتياز أسلوب من أساليب الاستثمار ونظرا لإستراتيجية القطاع الفلاحي أخذت الدولة على عاتقها إيجاد دعم مؤسسي ومالي لتحفيز الاستثمار ومرافقة المستثمر من أجل التغطية المالية لبرنامج الاستثمار، وعليه يعتبر عنصر التمويل من العناصر الجوهرية التي يركز عليها الاستثمار الفلاحي للنهوض بالنتائج الغذائية كما وكيفاً⁽³⁾.

وفي هذا المسعى تم إنشاء عدة صناديق لتقديم الدعم المالي الضروري للفلاحين، كالصندوق الوطني للضبط والتنمية الفلاحية الذي أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-118⁽⁴⁾، الذي حل محله الصندوق الوطني لتنمية الاستثمار الفلاحي الذي أنشأ بموجب المرسوم التنفيذي رقم 05-413⁽⁵⁾، كما تم تخصيص عدة اعتمادات مالية للتنمية الريفية وتهيئة الأراضي، وإنشاء شبكات موحدة للحصول على القروض المالية وذلك بالتعاون مع بنك الفلاحة والتنمية الريفية، كما صدر المنشور الوزاري المشترك بين وزارة الفلاحة ووزارة الداخلية والجماعات المحلية رقم 108 المؤرخ في 23 فيفري 2011 يتضمن كفاءات منح القروض المالية لتمويل المستثمرات الفلاحية الجديدة وتربية الحيوانات، المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: إمكانية إبرام عقود شراكة لاستغلال الأرض الفلاحية.

يهدف جلب رؤوس الأموال وعصرنة تقنيات الإنتاج الفلاحي منح المشرع للمستثمر صاحب حق الامتياز إمكانية إبرام عقود شراكة مع الغير⁽⁶⁾، واشترط أن يكون الشريك شخص طبيعي جزائري الجنسية أو شخص معنوي خاضع للقانون الجزائري وذوي الأسهم فيه من ذوي الجنسية الجزائرية واستثنى من مجال الشراكة المستثمرين الأجانب.

¹ - عجة الجيلالي، المرجع السابق، ص 179.

² - طارق الحاج، مبادئ التمويل، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 21.

³ - فوزية غربي، المرجع السابق، ص 317.

⁴ - المرسوم التنفيذي رقم 2000-118 المؤرخ في 30/05/2000، المتعلق بتحديد كفاءات تسيير حساب التخصيص رقم 067-302 الذي عنوانه الصندوق الوطني للضبط والتنمية الفلاحية، الجريدة الرسمية عدد 31، لسنة 2000.

⁵ - المرسوم التنفيذي رقم 05-413 المؤرخ في 25/10/2005، المتعلق بتحديد كفاءات تسيير حساب التخصيص الخاص رقم 067-302 الذي عنوانه الصندوق الوطني لتنمية الاستثمار الفلاحي، الجريدة الرسمية عدد 72، لسنة 2005.

⁶ - أنظر المادة 21 من القانون رقم 10-03.

يشكل هذا الإجراء تجربة جديدة في مجال استغلال الأرض الفلاحية للرفع من القدرة الإنتاجية للمستثمرة وتحقيق قفزة نوعية في تحسين مردودية الأرض، ونظرا لتعلق عقد الشراكة بتسيير المستثمرة الفلاحية فقد نص المشرع على ضرورة إفراده في قالب رسمي أمام الموثق وشهره بالمحافظة العقارية وضرورة إخطار الديوان الوطني للأراضي الفلاحية، غير أنه لم يترتب أي جزاء على مخالفة ذلك.

المطلب الثاني: مدى مساهمة الامتياز الفلاحي في زيادة الإنتاج الغذائي.

إن من الأهداف الأساسية التي دفعت بالدولة لتبني أسلوب الامتياز في الاستغلال الفلاحي ضمان التطور المحكم في القطاع الفلاحي قصد المحافظة على قدراته الإنتاجية ومحاولة الزيادة في تلك القدرات لتحسين مستوى الأمن الغذائي، وعليه سأتطرق إلى أهمية القطاع الفلاحي في الجزائر، ومدى مساهمة الامتياز في توفير الغذاء.

الفرع الأول: أهمية القطاع الفلاحي في الجزائر.

تعتبر الفلاحة من القطاعات الإستراتيجية والفعالة التي تساهم في عملية التنمية، فهي المصدر الوحيد للغذاء، كما تشكل مجال واسع لتشغيل اليد العاملة وامتصاص البطالة، وجلب رؤوس الأموال الضرورية لتحقيق النمو الاقتصادي من خلال العمل على تحقيق الاكتفاء الذاتي، فالقطاع الفلاحي كان بمثابة القلب النابض في اقتصاديات الدول المتقدمة، كما يساهم في تنمية اقتصاديات الدول النامية⁽¹⁾، ومن بين هذه الدول الجزائر نظرا لتركيبية المجتمع الجزائري وشساعة المساحة الزراعية.

كما يلعب القطاع الفلاحي دور أساسي في تنمية العديد من القطاعات الأخرى وخاصة القطاع الاقتصادي عن طريق إمداده بالعديد من المواد الأولية الغذائية، فقد جاء في تقرير التنمية في العالم سنة 2008 الصادر عن البنك الدولي أن نمو قطاع الزراعة كان بذرة الأساس للثروة الصناعية في منتصف القرن الثامن عشر⁽²⁾.

الفرع الثاني: مدى مساهمة الامتياز في توفير الغذاء.

تبنت الجزائر مخطط وطني للتنمية الفلاحية بهدف تطوير وزيادة فعالية القطاع الفلاحي منذ سنة 2000، ومخطط للتجديد الريفي والفلاحي بعد صدور قانون التوجيه الفلاحي للفترة من 2009 إلى 2014 والذي يهدف لتجديد الاقتصاد الفلاحي وتحديد القطاع الريفي من خلال عصنة الفلاحة ومكنتها، رفعا من أداء هذا القطاع في ظل المتغيرات الراهنة والمحيطه بالاقتصاد الوطني تحقيقا للأمن الغذائي المستدام، والذي رافقه تبني نمط الامتياز كطريقة لاستثمار الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة، حيث عرف هذا الأخير منح أكبر قدر من الحرية للمستثمر في مباشرة نشاطه الفلاحي تحت رقابة الدولة ممثلة في الديوان الوطني للأراضي الفلاحي، كما خول لإدارة أملاك الدولة إمكانية فسخ العقد بإرادتها المنفردة كلما أحل المستثمر بإحدى التزاماته القانونية والتعاقدية وفقا للمادة 29 من القانون رقم 10-03 والمادة 08 من دفتر الشروط المرفق بنموذجه بالمرسوم التنفيذي رقم 10-326 وخاصة الالتزام باستغلال الأرض الفلاحية بصفة شخصية ومباشرة.

ولعل من أبرز الإيجابيات التي جاء بها هذا القانون منح الحق في الاستغلال باسم كل مستثمر ولو كان عضو في مستثمرة فلاحية جماعية، إعطاء الحق للمستثمر للخروج من حالة الشبوع المفروضة في الاستغلال طبقا لأحكام القانون رقم 87-19 المتعلق بالمستثمرات الفلاحية الملغى، هذه الحالة غالبا ما كانت تدفع بالمنتج الفلاحي للوقوع في خلافات مع باقي أعضاء المستثمرة والدخول في نزاعات قضائية عادة ما يطول أمدها وتأتي على حساب الاهتمام بعملية الإنتاج، وإنشاء مستثمرة فردية ناجعة اقتصاديا، الحق في تقديم

¹ - باي أحمد، القطاع الفلاحي بين الواقع ومتطلبات الإصلاح، مجلة الباحث، الجزائر، العدد 02، لسنة 2003، ص 02.

² - عماري زهير، القطاع الفلاحي في الجزائر بين الإمكانيات المتاحة وإشكالات الاكتفاء الذاتي...أين الخلل، دراسة قياسية منذ 1980، الملتقى الدولي حول استدامة الأمن الغذائي في الوطن العربي، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، الشلف، 2014، ص 02.

الحق العيني الممنوح كضمان لدى المؤسسات المالية للحصول على القروض الفلاحية، مثل قرض الرفيق وهو قرض استغلالي موسمي مدعم كلياً من قبل الدولة يمنح للمستثمر لتدعيم مشاريعه الفلاحية كحشاء البذور، الأسمدة ومعدات التعبئة للمنتجات الفلاحية تتراوح مدته من 06 إلى 12 شهر قابلة للتجديد، وقرض التحدي وهو قرض استثماري مدعوم جزئياً من قبل الدولة قد تبلغ قيمته 200 مليون دج، موجه للمستثمرات التي تفوق مساحتها 10 هكتارات، المستثمرات الجديدة وتربية الحيوانات والمنشأة في إطار أحكام المنشور الوزاري رقم 108 المؤرخ في 2011/02/10، تحدد مدته حسب مدة إنجاز المشروع، يستفيد منه المستثمر بنسبة فوائد منخفضة قد تصل لـ 100% خلال السنوات الثلاث الأولى لإنجاح المشروع الاستثماري، فقد جاء في نص المادة 85 من القانون رقم 08-16 المتعلق بالتوجيه الفلاحي أن تمويل الفلاحة يتشكل من الدعم المالي للدولة، التمويل التعاضدي والقرض البنكي.

وفي تصريح للمدير العام لبنك الفلاحة والتنمية الريفية جاء فيه أن البنك وبالنسبة للمستثمرات الفلاحية القائمة إثر تطبيق أحكام القانون رقم 10-03 يمكن له منح قروض للمستثمر صاحب المستثمرة الفردية سواء كان قرض الرفيق أو قرض التحدي ويتم تقديم عقد الامتياز كضمانة، أما بخصوص المستثمرين أعضاء المستثمرة الجماعية الذين يجوزون على عقد امتياز فردي في الشبوع فلا يمكن لهم الحصول إلا على قروض الاستغلال الموسمية في شكل قرض الرفيق وبشكل فردي والخاصة بإنتاج الحبوب، أما بخصوص قروض الاستثمار في شكل قرض التحدي فإن البنك يطلب من أعضاء المستثمرة التقدم بطلبهم بشكل جماعي بالنظر إلى أن القطعة الأرضية المخصصة للاستثمار الفردي غير محددة⁽¹⁾، كما أشار المدير العام للبنك أنه ينبغي على وزارة الفلاحة والتنمية الريفية وضع الآليات القانونية اللازمة لمنح القروض للمستثمرين الفلاحين⁽²⁾، وفي تصريح آخر له قال أنه سيتم التحضير لإطلاق قروض مالية بدون فوائد لشراء العتاد الفلاحي بداية من سنة 2018، سيمنحها بنك التنمية المحلية B.D.L، تحدد قيمتها حسب نوع العتاد الذي سيتم شراؤه كما أكدته على أن دعم الدولة موجه للاستثمار في الزراعات الإستراتيجية⁽³⁾.

ونشير أنه ولضمان فعالية القروض الفلاحية يجب إتباع أسلوب اللامركزية في اتخاذ قرارات منحها⁽⁴⁾، وذلك لتسهيل المعاملات المالية وكذا لمنح القروض للمستثمر في الوقت المناسب وهذا بالنظر إلى طبيعة النشاط الفلاحي الموسمي، إذ يحتاج إلى السرعة في اتخاذ القرارات التمويلية على المستوى المحلي.

كما منح للمستثمر إمكانية اكتساب أكثر من حق امتياز لتكوين مستثمرة فلاحية من قطعة واحدة، تشجيعاً لعملية تجميع الأراضي وتحسين هيكل المستثمرة من الناحية الاقتصادية خاصة أن بعض الزراعات الإستراتيجية لا تتلاءم والمساحات الزراعية الصغيرة. غير أن بعض الإحصائيات لوزارة الفلاحة لسنة 2012 أي بعد سنتين من تطبيق القانون رقم 10-03 تشير أن الإنتاج الوطني من الحبوب، الأعلاف، الخضراوات، البقول، البطاطا، الطماطم الصناعية واللحوم الحمراء والبيضاء عرفت تذبذباً في النمو وقد أرجعت أسباب هذا التذبذب إلى مجموعة من العوامل الطبيعية والاقتصادية كمشكل الجفاف، التصحر والتسويق، نقص الدعم الموجه للمستثمرين.

كما تشير بعض المعطيات أن الوفرة الغذائية للفرد قد حققت الاكتفاء الذاتي من الناتج المحلي بالنسبة لبعض المنتجات ذات الاستهلاك المحدود، وذلك منذ سنة 2010 إلى غاية سنة 2014، فقد ساهم الإنتاج الفلاحي حسب إحصائيات قام بها البنك الدولي للإنشاء والتعمير في رفع نسبة الناتج المحلي، ففي سنة 2010 بلغت نسبته 8.6%، في سنة 2011 بلغت نسبته 9.4%، في سنة

¹ - وهذا ما يشكل عائق حقيقي أمام الاستثمار الفلاحي، ويرى فكرة الاستغلال الصغرى.

² - جريدة البلاد، ليوم 2014/04/22.

³ - جريدة النهار، ليوم 2017/10/10.

⁴ - إن سبب فشل منح القروض في ظل تطبيق القانون رقم 87-19 والقوانين التي سبقته لها والمتعلقة باستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الوطنية هو مركزية اتخاذ القرار من قبل وزارة الفلاحة، فلم يكن مسموحاً للبنك منح أي قرض إلى بعد اتخاذ قرار بذلك من السلطة الوصية.

2012 بلغت نسبته 10.6%، في سنة 2013 بلغت نسبته 11.1 % وفي سنة 2014 بلغت نسبته 12.7%، أما المنتجات ذات الاستهلاك الواسع فتعتمد على الواردات، ومن هنا تبدو خطورة تحدي الأمن الغذائي ببلادنا⁽¹⁾.
وعليه يمكن القول أن أسلوب الامتياز كطريقة للاستثمار الفلاحي ورغم جميع المزايا التي جلبها للقطاع إلا أن نجاحه مرهون بتضافر مجموعة من العوامل التي يجب أن تضبطها سياسة زراعية واضحة ومحددة المعالم.
خاتمة:

كخاتمة لهذه الدراسة يمكن القول أن أسلوب الامتياز كطريقة لاستغلال الأراضي الفلاحية التابعة للأموال الخاصة للدولة جلب العديد من المزايا للقطاع الفلاحي، خاصة كونه أسلوب من أساليب الاستثمار الجديدة في هذا القطاع الذي أصبحت الدولة تعول عليه أكثر في تحقيقها للأمن الغذائي وإيجاد مورد رئيسي خارج قطاع المحروقات.
وحتى يتسنى تحقيق النتائج المرجوة من تطبيق الامتياز في القطاع الفلاحي، لابد أن يوضع هذا الأخير ضمن الإستراتيجيات الأساسية للدولة بما يتماشى والانفتاح الاقتصادي، كما ينبغي تشجيع الاستثمارات الفلاحية في المنتجات الإستراتيجية ذات الاستهلاك الواسع مثل القمح، توفير وتسهيل عملية التمويل الكافي بتبسيط وتحديد إجراءات طلب القروض الفلاحية خاصة القروض بدون فوائد بما يتماشى وذهنية الفلاح الجزائري، تدعيم السياسة الفلاحية بأساليب وتقنيات حديثة، العمل على تطوير الإرشاد الفلاحي، وضع طرق حديثة للري وتوفير وسائل التخزين وتسويق المنتجات.
وعليه يمكن القول أن الحل ليس في تغيير نمط الاستغلال بل في الجهود المبذولة في سبيل تحقيق الأمن الغذائي.

¹ - هاشمي الطيب، القطاع الزراعي في الجزائر في ظل الوفرة المالية للفترة 2006-2013 بين الإنجازات والعقبات، الملتقى الدولي حول استدامة الأمن الغذائي في الوطن العربي، الشلف، 2014، ص 10.

دراسة تحليلية للحبس المؤقت في ظل الأمر رقم 02/15 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية

**Analyticals study of temporary imprisonment under order
No.15-02 amending the Code of criminal procedure**

ط. د. بحرية أسيا، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/18 / تاريخ المراجعة: 2018/11/10

ملخص:

يتعلق موضوع المقال بالنصوص الجديدة المنظمة لإجراء الحبس المؤقت الذي يعتبر من أخطر الإجراءات التي تقوم بها جهة التحقيق، و التي جاءت بموجب الأمر رقم 02/15 المؤرخ في 2015/07/23 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/28 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية.

فبموجب هذا التعديل الذي مس إجراء الحبس المؤقت، تبين جليا سعي الدولة الجزائرية إلى حماية حقوق المواطنين وتعزيز قرينة البراءة، بالموازاة مع تحسين الأداء القضائي، وهذا ما يستنتج من تكريس الطابع الاستثنائي للحبس المؤقت وتقليص مدته، وضبط شروط اللجوء إليه، وحصر مجال تطبيقه في بعض الجرائم فقط. وقد تم تنظيم هذا الإجراء الهام في ظل التعديل المذكور أعلاه، من خلال المواد: 123، 123 مكرر، 124، 125، 1/125، 125 مكرر.

ولدراسة هذا الموضوع كانت الإشكالية كما يلي: ما هي التعديلات التي جاء بها الأمر رقم 02/15 المعدل والمتمم للأمر رقم 156/66 المؤرخ في 1966/06/28 فيما يتعلق بإجراء الحبس المؤقت؟ وهل استطاع المشرع بتعديله للنصوص المنظمة للحبس المؤقت أن يضيف حماية أكبر لقرينة البراءة ومبادئ المحاكمة العادلة؟.

وللإجابة على هذه الإشكالية وضعت خطة مؤلفة من ثلاث مباحث: خصص المبحث الأول للبحث في ماهية وطبيعة الحبس المؤقت خاصة بالنظر لمثيلاتها من الإجراءات، وتتناول المبحث الثاني شروط تطبيق ومدده الحبس المؤقت، والتي شهدت تعديلات واضحة وجد هامة تؤكد حرص المشرع الجزائري على صيانة حقوق المواطن والحريات الأساسية من جهة، ومن جهة أخرى تعزيز احترام مبادئ المحاكمة العادلة. أما المبحث الثالث والذي خصص لمراقبة مدى مشروعية إجراء الحبس المؤقت، فالجديد الملاحظ إلزام رئيس غرفة الاتهام بزيارة المؤسسات العقابية مرة كل 03 أشهر على الأقل حتى يتأكد من مدى احترام الشروط المقررة.

الكلمات المفتاحية:

الحبس المؤقت، التعديل، قاضي التحقيق، قرينة البراءة.

Summary

The subject of the article is the new texts governing the temporary detention procedure, which is considered one of the most serious procedures carried out by the investigating body, which came under Order No. 15-02 of 23/07/2015, amended and supplemented by Order No. 66-155 of 28/06/1966 Including the Code of Criminal Procedure.

Under the amendment to the temporary detention procedure, the Algerian state has clearly sought to protect the rights of citizens and to promote the presumption of innocence, in parallel with improving judicial performance. This is the conclusion of the exceptional nature of the temporary imprisonment and the reduction of its duration. Crimes only.

This important procedure under the above amendment, through the articles: 123, 123 bis, 124, 125, 125-1, 125 bis.

In order to study the subject, the problem was as follows: What are the amendments to the Order No. 15-02, amended and supplemented by Order No. 66-155 of 28/06/1966 regarding the temporary detention procedure? Has the legislator been able to amend the provisions governing temporary detention to add greater protection to the presumption of innocence and the principles of a fair trial?

To answer this problem, a three-question plan was developed:

Devoted the first section to discuss the nature and the nature of the temporary detention especially in view of those procedures, and Tnnol the second topic conditions apply and extended by temporary imprisonment, which saw clear changes found significant confirms the keenness of the Algerian legislator to safeguard the citizen's rights and fundamental freedoms on the one hand,

While promoting respect for the principles of a fair trial.

The third section, which was devoted to monitoring the legality of the temporary detention procedure, is the new notice that the head of the indictment chamber is required to visit the penal institutions at least once every 30 months in order to ascertain the extent to which the stipulated conditions are respected.

Key words:

Temporary confinement The trial judge amended the presumption of innocence

مقدمة:

يتمحور موضوع المقالة حول تلك النصوص الجديدة التي جاءت بموجب الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 2015/07/23 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المؤرخ في 1966/06/28 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، والتي ترمي لتعزيز احترام مبادئ المحاكمة العادلة.

حيث تركز مداخلتنا على الحبس المؤقت، الذي شهدت النصوص الخاصة به تعديلات هامة نظرا لاعتبارات أساسية تتعلق بحماية المجتمع من جهة، وصيانة حقوق المواطن والحريات الأساسية من جهة أخرى.

وكما هم معلوم، هذا الإجراء عرف تعديلات متتالية في كل مرة يشهد فيها قانون الإجراءات الجزائية تعديلا، وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على مدى خطورة هذا الإجراء لمساسه بحريات الأفراد المكرسة دستوريا.

وعليه الإشكالية المطروحة: ماهو الحبس المؤقت ؟ وهل كان للأمر رقم 02-15 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية تأثير في هذا الإجراء ؟. وهل استطاع المشرع بتعديله للنصوص المنظمة للحبس المؤقت أن يضيف حماية أكبر لقرينة البراءة ومبادئ المحاكمة العادلة ؟.

ولالإجابة على هذه الإشكالية، تمت الدراسة وفق ثلاث مباحث، عالج المبحث الأول ماهية الحبس المؤقت وما يميزه عن باقي الإجراءات المشابهة له، أما المبحث الثاني فقد تناول شروط تطبيق هذا الإجراء وفق ما كان مطبقا سابقا وما استجد بموجب التعديل الجديد لقانون الإجراءات الجزائية، والمبحث الثالث تعرض لآليات رقابة مدى شرعية إجراء الحبس المؤقت والجهة المخول لها هذه المراقبة والتعديل الذي شهدته هذه المرحلة.

المبحث الأول

ماهية الحبس المؤقت

إن البحث عن ماهية الحبس المؤقت وإبرازها، يستوجب منا التطرق للتعريفات الموضوعية من طرف الفقه والتشريع لهذا الإجراء من جهة، ومن جهة ثانية تمييزه عن باقي الإجراءات التي تشابهه، ومعرفة الجهة المخول لها إصداره. ولهذا سنقسم المبحث إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول تعريفه، والمطلب الثاني يخصص لتمييزه عن الإجراءات المشابهة له.

المطلب الأول: تعريف الحبس المؤقت

لتعريف أي مصطلح قانوني يستوجب علينا التطرق للتعريف الفقهي والتشريعي له إن وجد، وهذا ما سيتناوله هذا المطلب.

الفرع الأول: التعريف الفقهي

تعددت التعريفات الفقهية للحبس المؤقت، فبعض من الفقه يعرفه بأنه (سلب حرية المتهم بإيداعه في الحبس خلال مرحلة التحقيق التحضيري) وهو بذلك أخطر إجراء من الإجراءات المقيدة للحرية قبل المحاكمة).¹
وعرفه الدكتور أحمد فتحي سرور بأنه: (إيداع المتهم السجن خلال فترة التحقيق كلها أو بعضها أو إلى أن تنتهي محاكمته)². وهناك تعريف آخر مفاده أن الحبس المؤقت هو (إجراء استثنائي يسمح لقضاة النيابة والتحقيق والحكم كل فيما يخصه بأن يودع السجن لمدة محدودة كل متهم بجناية أو جنحة من جنح القانون العام ولم يقدم ضمانات كافية لمثوله من جديد أمام القضاء)³. حيث يلاحظ من خلال هذه التعريفات اتفاقها في فكرة واحدة مفادها أن الحبس المؤقت هو وضع المتهم في الحبس لمدة محددة قانونا.

الفرع الثاني: التعريف التشريعي

لم تعرف التشريعات الجزائرية الجزائية الحبس المؤقت، وإنما اكتفت بوصفه إجراء استثنائيا⁴، ماعدا القانون السويسري الذي عرفه بأنه « يعد حبسا احتياطيا كل حبس يؤمر خلال الدعوى الجنائية بسبب احتياجات التحقيق أو دواعي الأمن »⁵. وقد نهجت الجزائر منهج الغالبية، وهو ما تؤكدته المادة 123 من ق.إ.ج المعدلة بمقتضى الأمر رقم 08-01⁶ والتي نصت: «الحبس المؤقت إجراء استثنائي»، وعزز المشرع هذا الطرح بمقتضى الأمر رقم 15-02⁷، المعدل والمتمم لقانون

¹ - د/احسن بوسقيعة، التحقيق القضائي، الطبعة الثانية، منقحة ومتممة في ضوء قانون 2001/06/26، الديوان الوطني للأشغال التربوية، 2002، ص135

² - د/أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجزائية، الطبعة 1985.4، ص 623

³ - عبد العزيز سعد، إجراءات الحبس الاحتياطي والإفراج المؤقت، المؤسسة الوطنية للكتاب، 1985، ص13

⁴ - سلطان محمد شاكور، ضمانات المتهم أثناء مرحلة التحريات الأولية والتحقيق الابتدائي، رسالة ماجستير في القانون، تخصص: علم الإجرام والعقاب، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013، ص 176

⁵ - عمر واصف الشريف، التوقيف الاحتياطي، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط02، 2010، ص30

⁶ - لقانون رقم 08-01 المعدل والمتمم الأمر رقم 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المؤرخ في 2001/06/26، ج.ر.ع 34 الصادرة في 2001/06/27

⁷ - الأمر رقم 15-02 المعدل والمتمم للأمر رقم 66-155 المتضمن قانون الإجراءات الجزائية. المؤرخ في 2015/07/23، ج.ر.ع 40 سنة

الإجراءات الجزائية، بموجب الفقرة الثانية من المادة 123 والتي تنص: «إذا تبين أن هذه التدابير غير كافية يمكن بصفة استثنائية أن يؤمر بالحبس المؤقت.»

حيث أن المشرع بهذا الطرح يكون قد أكد على القاعدة الأصلية، وهي بقاء المتهم حراً أثناء إجراءات التحقيق القضائي استناداً للمادة 123 المعدلة، فلا يؤمر به إلا عند عدم كفاية الرقابة القضائية في ضمان مثوله أمام القضاء. كما أن المشرع الدستوري قد أكد على الطابع الاستثنائي للحبس المؤقت بنص المادة 59 من القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06/03/2016 المتضمن التعديل الدستوري.

وعليه فالحبس المؤقت هو إجراء يتخذه قاضي التحقيق أو رئيس الجلسة، وبه يتم إيداع المتهم رهن الحبس لمدة مؤقتة إلى غاية الفصل في قضيته. ويصدر أمر الحبس من قاضي التحقيق في القضايا المعروضة أمامه طبقاً للمادة 123 ق.إ.ج، أو رئيس الجلسة عند المثول الفوري طبقاً للمادة 339 مكرر من ق.إ.ج.

ويلاحظ من خلال التعديل الجديد استبعاد جهة النيابة من استصدار هذا الأمر لأنه كانت قد أثارت فيما سبق المادتين 03/117 والمادة 59 إشكالية فيما يخص استصدار النيابة أمر بالوضع في الحبس المؤقت، هذه النقطة على ما يظهر أوضحها المشرع بموجب هذا التعديل الذي استبعد فيه النيابة من هذه المهام.

المطلب الثاني: تمييز الحبس المؤقت عن نظيراته من الإجراءات

كما هو معلوم، لقد سن قانون الإجراءات الجزائية إلى جانب الحبس المؤقت، وفي مختلف تعديلاته، إجراءات تخص جهة التحقيق، يهدف من وراءها الوصول للحقيقة، كالتوقيف للنظر المخول لرجال الضبطية القضائية، وأوامر أخرى تشبه الأمر بالوضع بالحبس المؤقت مثل الأمر بالإحضار، والأمر بالقبض الذي يصدر من جهة التحقيق.

الفرع الأول: الحبس المؤقت و الوقف للنظر:

يعد التوقيف للنظر إجراء مقيد للحرية، يأمر به ضابط الشرطة القضائية من تلقاء نفسه، حيث يوضع الشخص بمركز الشرطة أو الدرك لفترة من الوقت، طبقاً لأحكام المواد 51، 56، 141 من ق.إ.ج.

ولا يعد الوقف للنظر قبضاً قضائياً، على عكس الحبس المؤقت، لأنه لم يصدر من القضاء، بل من ضابط الشرطة القضائية أثناء التحريات الأولية، ويكون تحت الرقابة الشديدة للسلطات القضائية من قاضي التحقيق ووكيل الجمهورية، كما أن مدة التوقيف 48 ساعة²، ولا يمكن أن تمتد مدته إلا استثناء بشرط تواجد دلائل قوية تفيد إدانة المشتبه فيه، مع استئذان من وكيل الجمهورية بحيث تمدد لمرة واحدة عندما يتعلق الأمر بجرائم الاعتداء على أنظمة المعالجة الآلية للمعطيات، ولمرتين عندما تتعلق بالاعتداء على أمن الدولة.

كما يمكن أن تمدد لثلاث مرات إذا تعلق الأمر بجرائم المتاجرة بالمخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود، وجرائم تبويض الأموال، والجرائم المتعلقة بالتشريع الخاص بالصرف، وتمدد خمس مرات إذا كانت جرائم موصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية. وأضاف التعديل أن أي تقصير في الشروط من شأنه أن يعرض الضابط للعقوبات، كما أنه عند التمديد يسمح للموقوف رؤية المحامي، باستثناء الجرائم المتعلقة بالمتاجرة بالمخدرات، والمنظمة.... إلخ، هذه لا يسمح برؤية المحامي إلى أن تمر المدة القصوى المنصوص عليها بالمادة 51 من التعديل. كما أن مدة الوقف للنظر لا يمكن أن تخصم من العقوبة المحكوم بها على الموقوف عند إدانته، كما لا يمنحه القانون تعويضاً عن ذلك التوقيف، وهذا على عكس الحبس المؤقت.

¹ - القانون رقم 16-01 المؤرخ في 06 مارس 2016، المتضمن التعديل الدستوري، ج، ر، ع، 14، الصادرة في 07 مارس 2016

² - المادة 60 من القانون رقم 16-01 المتضمن التعديل الدستوري. المشار إليه سابقاً.

الفرع الثاني: الحبس المؤقت والأمر بالقبض.

الأمر بالقبض هو مسك الشخص وتقييد حريته، وهو إجراء مؤقت لا يستحب الاستمرار فيه إلا للوقت الكافي لاقتياد المشتبه فيه، لكونه إجراء خطير يلقي قرينة الشبهة على الإنسان، وبمس بالحرية الفردية.

لهذا السبب اعتبره المشرع الدستوري حالة استثنائية، بحيث لا يمكن جوازه إلا في الحدود التي يسمح بها القانون¹. والقبض محل الدراسة يختلف عن الأمر بالقبض المنصوص عليه في المادة 119 من ق.إ.ج²، فالقبض نوعان: القبض في حالة التلبس وهنا يجوز للضابط القيام به استنادا للمادة 61 من ق.إ.ج، أما القبض الثاني وهو القبض في الحالات العادية، هنا لا يجوز اتخاذه إلا بإذن من القضاء، سواء كان أمرا بالإحضار أو أمرا بالقبض³.

ويختلف الحبس المؤقت عن الأمر بالإحضار والأمر بالقبض في أنهما لا يمكن الطعن فيهما كالحبس المؤقت. والأمر بالإحضار هو ذلك الأمر الصادر من قاضي التحقيق إلى القوة العمومية لاقتياد المتهم ومثوله أمامه على الفور⁴، وهذا بهدف استجوابه في الحال، وفي حالة غياب قاضي التحقيق لا يجوز حجزه لأكثر من 48 ساعة.

ويعرف الأمر بالقبض أنه ذلك الأمر الذي يصدر للقوة العمومية للبحث عن المتهم وسوقه للمؤسسة العقابية المشار إليها في الأمر، ويهدف من وراءه وضع المتهم تحت تصرف قاضي التحقيق لمدة لا تزيد عن 48 ساعة لاستجوابه واتخاذ ما يراه بشأنه كالأمر بالحبس المؤقت. أو وضعه تحت الرقابة القضائية. أو إخلاء سبيله، ويشترط فيه شروط موضوعية تتمثل في وجود المتهم في حالة فرار أو يقيم خارج إقليم الجمهورية، ويكون الفعل الإجرامي معاقب عليه بعقوبة الحبس أو بعقوبة أشد جسامة. والشرط الشكلي الوحيد استطلاع رأي وكيل الجمهورية.

المبحث الثاني

شروط تطبيق الحبس المؤقت

لقد سن المشرع الجزائري عبر تعديلاته المتتالية لقانون الإجراءات الجزائية، شروطا تضبط عملية استصدار الأمر بالحبس المؤقت، حيث أن الأمر رقم 15-02 لم يأت بالجديد، لأن هذا الأمر كان محل تعديل بمقتضى القانون رقم 01-08 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية، خاصة فيما تعلق بالشروط الشكلية له، وهذا كما أسلفنا الذكر راجع لأهمية هذا الإجراء وخطورته. وستتطرق في مطلبين لهذه الشروط .

المطلب الأول: الشروط الشكلية

يمكن تلخيص الشروط الشكلية المتعلقة بإجراء الحبس المؤقت، والتي تحمل في طياتها تعزيز للضمانات الموضوعية لحماية حق المتهم في حريته والدفاع عن نفسه. وتتركز هذه الشروط في المهام المنوطة بالجهة المخول لها استصداره.

الفرع الأول: تسبيب الأمر

¹ - تنص المادة 59 من الدستور: «لا يتابع أحد، ولا يوقف أو يحتجز، إلا ضمن الشروط المحددة بالقانون، وطبقا للأشكال التي نص عليها»

² - الصادرة بمقتضى الأمر رقم 66-155، المتضمن قانون الإجراءات الجزائية، المعدل والمتمم. المشار إليه سابقا.

³ - إلا أنه استثناء، وإن كان ق.إ.ج الجزائري لم يسمح لضابط الشرطة القضائية حق القبض على الأفراد خارج أحوال التلبس، إلا بأمر قضائي، إلا أنه يظهر أن المشرع قد سمح بطريقة غير مباشرة بنوع من القبض التلقائي طبقا للمادة 141.65 من ق.إ.ج، فلا يمكن تصور توقيف إن لم يصحبه قبض.

⁴ - يساق المتهم مباشرة إلى وكيل الجمهورية المكان الذي وقع فيه القبض

قاضي التحقيق ملزم بتسبيب الأمر بالحبس المؤقت، ويكون ذلك بذكر السبب من الأسباب المذكورة بنص المادة 123 التي تعطي الحق في استصدار الأمر بالحبس المؤقت، كأن لم يكن له موطن قار، أو حماية لها، أو خوف من اتصاله بشركائه ... الخ. وبالإضافة للتسبيب فقد أضاف المشرع مجموعة من البيانات المستلزم أن يتضمنها أمر الوضع في الحبس المؤقت، وقد ورد تحديدها في المادة 109 الفقرة 02-04 من ق.إ.ج. ويجب تبليغ أمر الوضع رهن الحبس المؤقت للمتهم، لكونه ليس بعقوبة صدرت بموجب حكم قضائي مسبب وإنما فقط إجراء أمله مصلحة التحقيق¹.

الفرع الثاني: احترام المدة المقررة للحبس المؤقت.

كما يستلزم كذلك إلى جانب تسبيب الأمر القاضي بالحبس المؤقت احترام مدده، وهي المدة الزمنية المقررة قانوناً، والتي تكون وفق نوعية الجرم الذي هو متابع به². كما على القاضي أيضاً في حالة التمديد أن يذكر مدة التمديد. فبالنسبة للجنح لا تتجاوز 04 أشهر والتمديد يكون مرة واحدة بنفس المدة، أما للجنايات كذلك 04 أشهر وعند الضرورة تمدد مرتين بنفس المدة، ويمكن تمديدها لثلاث مرات بالنسبة للجنايات المعاقب عليها بمدة تساوي أو تزيد عن 20 سنة، أو السجن المؤبد أو الإعدام.

حيث أنه بالرجوع لمحتوى التعديل نجد المواد 125، 124، 1-1 قد أشارت للمدة الزمنية التي لا بد أن لا يتجاوزها الحبس المؤقت والتي لا تزيد عن 04 أشهر، قابلة للتجديد في بعض الحالات، وفق شروط محددة بموجب التعديل. فالمادة 124 نصت على أن الجنح التي يكون فيها المتهم مقيماً بالجزائر، وتكون عقوبتها تساوي أو تقل عن 03 سنوات لا يجوز الحبس المؤقت فيها، إلا في تلك التي تنجم عنها وفاة إنسان، أو التي تؤدي إلى الإخلال الظاهر في النظام العام، وفي هذه الحالة يكون الحبس لمدة لا تزيد عن شهر واحد غير قابل للتجديد. وأضافت المادة 125 أنه في غير الأحوال التي نصت عليها المادة 124 لا يمكن أن تتجاوز مدة الحبس المؤقت في الجنح 04 أشهر، تمدد مرة واحدة فقط مع شرط التسبيب.

كما حددت المادة (1-125) مدة الحبس المؤقت في الجنايات بأربعة (04) أشهر، تمدد لمرتين بنفس الإجراءات المذكورة أعلاه. أما إذا كانت الجنايات من المعاقب فيها بمدة تساوي أو تفوق عشرين (20) سنة، أو السجن المؤبد، أو الإعدام، يجوز تمديده لثلاث (03) مرات بنفس الإجراءات المشار إليها سابقاً. ويكون التمديد بنفس المدة (04 أشهر). ويمكن إذا ما استدعى ملف الجناية تمديد آخر، أن يطلب قاضي التحقيق من غرفة الاتهام تمديد الحبس المؤقت في أجل شهر قبل انتهاء المدد القصوى للحبس المحددة سابقاً، وعليها أن ترد قبل انتهاء مدة الحبس الجاري.

وفي حالة ما إذا قضت بالتمديد لا بد أن لا يتعدى أربعة أشهر غير قابلة لتجديد آخر، حتى وإن غير قاضي التحقيق (الفقرة الأخيرة من المادة 1-125). حيث بات واضحاً في هذه النقطة بالذات، منحى المشرع إلى التقليل من مدة الحبس المؤقت، فبعدما كانت مرات تصل إلى حد 11 مرة، قلصت بموجب هذا التعديل إلى حد أربع 04 مرات فقط، ولكن لا بد من الالتزام بظروف التمديد والإجراءات اللازمة.

المطلب الثاني: الشروط الموضوعية.

¹ - ربيعي حسين، الحبس المؤقت وحرية الفرد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة قسنطينة، السنة الجامعية 2008/2009 ص 58

² - المواد 124، 125، 1/125 من التعديل

إلى جانب الشروط الشكلية التي لا بد للجهة المصدرة للأمر بالحبس المؤقت استيفائها، هناك شروط موضوعية، تواجدت بكافة التعديلات التي مرت بقانون الإجراءات الجزائية، بما فيها الأمر 15-02، وتعد هذه الشروط من الضمانات القانونية لحماية المتهم المحبوس مؤقتا، وهو ما سنتناوله فيما يلي.

الفرع الأول: توجيه التهمة والاستجواب.

يعد المتهم كل شخص حركت ضده دعوى جزائية، قصد معاقبته عن الجريمة المرتكبة المنسوبة إليه، سواء كان فاعلا أصليا، أو شريك، أو محرضا. ويستلزم على قاضي التحقيق عند مثول المتهم أمامه، التأكد من هويته، ويعلمه بالواقعة الإجرامية المنسوبة إليه، ويخبره بأنه حر بالإدلاء بأقواله أولا. ولا بد أن يبلغه بأمر الوضع بالحبس المؤقت للمتهم شفاهة وينبهه بأن له 03 أيام من تاريخ هذا التبليغ لاستئنافه، ويشار لهذا التبليغ في المحضر¹.

حيث تشير لهذا الشرط نص المادة 118 من ق.إ.ج²، والاستجواب لا بد أن يتم في خلال 48 ساعة من اعتقاله، استنادا للمادة 121 من ق.إ.ج³، وقد رتب المشرع على عدم مراعاة أحكام المادة 100 من ق.إ.ج والمتعلقة باستجواب المتهمين بطلان الاستجواب، وما يليه من إجراءات طبقا لأحكام المادة 157 من ق.إ.ج، حيث يعتبر الأمر الذي يصدره قاضي التحقيق بوضع المتهم رهن الحبس المؤقت باطلا قبل استجوابه.

الفرع الثاني: اعتماده في الجرائم وبالظروف المقررة قانونا.

يقصد بذلك، أن يؤمر بالحبس المؤقت في الجرائم المشار إليها بنص المادة 123 من التعديل، بحيث تكون الجريمة المنسوبة للمتهم جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس، حيث يستتبع هذا الشرط من نص المادة 118 من ق.إ.ج، وعليه فلا يمكن تصور الحبس المؤقت في الجنح المعاقب عليها بالغرامة.

كما يستلزم اتخاذه عندما تتحقق حالة أو ظرف من الظروف التي نصت عليها المادة 123 مكرر من قانون الإجراءات الجزائية، حيث تتمحور هاته الظروف في انعدام موطن مستقر للمتهم أو عدم تقديمه ضمانات كافية للمثول أمام القضاء. أو وسيلة لحماية المتهم، وقد يقرر لخطورة الأفعال.

وقد يكون الحبس المؤقت هو الإجراء الوحيد للحفاظ على الحجج أو الأدلة المادية، أو لمنع الضغوط على الشهود أو الضحايا، أو لتفادي تواطؤ بين المتهمين والشركاء قد يؤدي إلى عرقلة الكشف عن الحقيقة.

وقد يقرر كذلك هذا الإجراء لوضع حد للجريمة، أو للوقاية من حدوثها من جديد، وقد يكون لعدم تقيد المتهم بالالتزامات المترتبة على إجراءات الرقابة القضائية دون مبرر جدي.

نخلص مما تم سرده، إلى أن التعديل الحالي لقانون الإجراءات الجزائية استطاع إلى حد بعيد ضبط كل أساسيات الحبس المؤقت، سواء مدته، مرات تمديده، والأسباب المؤدية للأمر به، وإجراءات تمديده، وهذا إن دل على شيء إنما يدل على أهمية هذا الإجراء وخطورته في نفس الوقت.

المبحث الثالث

الرقابة على شرعية الحبس المؤقت

تنقسم الرقابة على شرعية الحبس المؤقت إلى رقابة غير قضائية (إدارية) وأخرى قضائية.

¹ - المادة 123 مكرر الفقرة الأخيرة من الأمر رقم 15-02 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية

² - عدلت بمقتضى الأمر رقم 01-08 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية. المشار إليه.

³ - عدلت بمقتضى القانون رقم 06-22 المؤرخ في 20/12/2006 ج. ر. ع 84 سنة 2006

المطلب الأول: الرقابة الغير قضائية (الإدارية).

لقد وجدت في مجال الرقابة الغير قضائية فيما سبق هيتين أوكلت لهما هذه المهمة، تتمثل الهيئة الأولى في النيابة العامة، أما الثانية فهي غرفة الاتهام.

غير أنه بموجب التعديل الجديد استبعدت النيابة العامة من هذه المهمة، وبقيت الرقابة مقتصرة على غرفة الاتهام. ولكن رغم هذا الإقصاء، سوف نشير إلى الدور الذي كانت تلعبه النيابة في مجال الرقابة القضائية في الفرع الأول من المطلب، ونتطرق في فرع ثان لغرفة الاتهام.

الفرع الأول: رقابة النيابة العامة.

لقد كانت النيابة العامة تمارس رقابة على جهة التحقيق من خلال إبداء طلباتها والطعن في أوامر قاضي التحقيق ومباشرة عملها أمام جهة التحقيق وفقا لأحكام المادة 67 الفقرة الأولى من قانون الإجراءات الجزائية.

وكان لوكيل الجمهورية سواء في طلبه الافتتاحي لإجراء التحقيق أو بموجب طلب إضافي الحق في مطالبة قاضي التحقيق بالإجراءات التي يراها مناسبة للتحقيق طبقا للمادة 69 من قانون الإجراءات الجزائية، وله الحق استئناف أوامر قاضي التحقيق، وهنا تتجسد رقابة النيابة العامة لأعمال التحقيق بما فيها الحبس المؤقت.

غير أن هذه الصلاحية انتزعت للنيابة العامة بعد التعديل الذي مس قانون الإجراءات الجزائية بموجب الأمر رقم 02-15، تتمثل الرقابة على شرعية الأمر بالوضع في الحبس المؤقت إدارية يتكفل بها رئيس غرفة الاتهام، والرقابة القضائية التي تتكفل بها غرفة الاتهام.

الفرع الثاني: رقابة رئيس غرفة الاتهام.

لقد أكد من جديد التعديل 02-15 المعدل لقانون الإجراءات الجزائية صلاحية رئيس غرفة الاتهام في مراقبة قضاة التحقيق، من خلال نص المادة 204، والمادة 203 سابقا الصادرة بموجب الأمر رقم 01-08، غير أن المشرع في هذا التعديل الجديد ألزم رئيس الغرفة بزيارة المؤسسات العقابية مرة كل 03 أشهر على الأقل، بينما هذا التحديد لم يكن بنص المادة 203 من الأمر 01-08، وهذا دليل لحرص المشرع على احترام شروط اللجوء لهذا الإجراء الاستثنائي، وإذا ما تبين له تواجد متهم بصفة غير قانونية بالحبس المؤقت قدم ملاحظات لقاضي التحقيق ليتخذ التدابير الملائمة.

المطلب الثاني: الرقابة القضائية.

تعد الرقابة القضائية من الوسائل المستعملة للتخفيف من شدة إجراء الحبس المؤقت والتقليص من مساوئه، حيث يقصد بها منح جهة قضائية معينة ممارسة دور الرقابة على الإجراءات القضائية وهذه الجهة هي غرفة الاتهام دون المحكمة العليا. حيث يلاحظ أن المحكمة العليا ورغم مهامها في مجال المراقبة، إلا أنها لم توكل لها قط هذه المهمة، ورغم ذلك سنخصص لها فرع لتبيان ذلك. وعليه سوف نتطرق لغرفة الاتهام في الفرع الأول، ونتناول في الفرع الثاني للمحكمة العليا التي استبعدت من هذه المهمة.

الفرع الأول: رقابة غرفة الاتهام.

تتمثل الرقابة القضائية في غرفة الاتهام التي أعطاها المشرع الجزائري صلاحية مراقبة شرعية الأوامر الصادرة عن جهة التحقيق بما فيها الأمر بالحبس المؤقت، وذلك باعتبارها -غرفة الاتهام- جهة التحقيق الدرجة الثانية وهذا في حد ذاته ضمان أكثر للمتهم في احترام حقوقه التي قررها له القانون.

حيث تتمثل هذه المراقبة في النظر في الاستئنافات المرفوعة إليها من طرف النيابة و المتهم فيما يخص كيفية وضعه بالحبس المؤقت، ومدى استيفائها للشروط المقررة في نص المادة 123 مكرر من الأمر 02-15 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات الجزائية.

وبذلك يكون المشرع الجزائري قد أصبح الطبيعة القضائية على هذا الأمر، بعدما كان أمر ولائي¹، لا يتعرض لأي رقابة قضائية، وللتذكير هذا ليس بتعديل جديد، بل جاء به التعديل الذي كان بموجب الأمر 01-08 . حيث ما يلاحظ في نص التعديل بقاء الأمور على حالها فيما يخص الكيفية التي يتم فيها استئناف أوامر قاضي التحقيق سواء من طرف النيابة أو المتهم، واستبقاء المشرع على ما جاء بالأمر 01-08 في الرقابة الشرعية على الأمر بالحبس المؤقت.

الفرع الثاني: عدم رقابة المحكمة العليا على الحبس المؤقت.

يلاحظ ولمرة أخرى توجه المشرع الجزائري لعدم رقابة المحكمة العليا على شرعية الحبس المؤقت، فلا يجوز الطعن بالنقض أمام المحكمة العليا في قرارات غرفة الاتهام المتعلقة بالحبس المؤقت.

ورغم التعديلات التي طالت قانون الإجراءات الجزائية لغاية التعديل الحالي، خاصة فيما تعلق بالحبس المؤقت، وإلزام قاضي التحقيق على تسبيب أمره، إلا أن المشرع لم يغير موقفه بجعل قرارات غرفة الاتهام بخصوص الحبس المؤقت قابلة للطعن بالنقض، بالرغم من تواجد لجنة منح التعويض عن الحبس المؤقت غير المبرر على مستواها.

خاتمة:

لا يمكن للتشريع الجزائري أن يستقر في مادة الحبس المؤقت، رغم كل هذه الضمانات التي يقرها عبر تعديلاته المتتالية لقانون الإجراءات الجزائية، فرغم ذلك تبقى ناقصة لأنها تمس بحرية الفرد، تلك الحرية التي لا تقدر بثمن.

فرغم محاولاته لتحديد مدة الحبس المؤقت، والهيئات التي تختص بإصدار هذا الإجراء كضمان، إلا أنه يبقى مساسا بحرية الشخص. الأمر الذي دفع العديد من القانونيين إلى المطالبة بتغيير هذا المصطلح، لما فيه من مساس لقرينة البراءة، لكون معناه فقط يشير إلى دخول المتهم مجال التجريم والإدانة المسبقة.

كما أنه من ناحية أخرى تظهر لنا هذه التعديلات استجابة المشرع الجزائري لجملة الانتقادات التي وجهت في بعض النقاط المتعلقة بنظام الحبس المؤقت.

وعليه وتعزيزا للطابع الاستثنائي لهذا الإجراء الذي يمس بحرية الشخص ويطعن في قرينة البراءة، يستلزم تقوية العمل بالرقابة القضائية أكثر خاصة مع ابتكار ما يسمى الإسورة الإلكترونية، التي بدأ اعتمادها مؤخرا، وبهذا الإجراء لا يكون هناك تداخل بين هدف الوصول للحقيقة وضمان قرينة البراءة وحريات الأفراد المكرسة دستوريا.

¹ - الأوامر الولائية هي تلك التي يصدرها القضاة لضمان حسن سير العدالة وهي غير خاضعة لرقابة قضائية كما هو شأن الأمر بالإيداع.

دور المشرع الجزائري في مكافحة الجريمة المنظمة

The role of the Algerian project in the fight against organized crime

د. روشو خالد ، أستاذ محاضر قسم (أ)،

معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/05/09 / تاريخ المراجعة: 2018/11/07

ملخص:

تبعاً لخطورة وجسامة الأفعال الإجرامية التي ترتكب تحت مظلة الجريمة المنظمة الدولية، وبالنظر إلى النتائج التي تخلفها هذه الأخيرة على استقرار الدول، وكذا على السلم والأمن الدوليين، فإنه من الضروري التفكير وبجد في كيفية الحد من شرور هذه الظاهرة من حيث الأسلوب والقوة والنطاق، ولا يأتي ذلك إلا من خلال منظومة قانونية وأخرى أمنية منسجمة ومتوازنة، قوية وفعالة، تعتمد على ما أفرزه العالم الحديث من تكنولوجيا حديثة ومتطورة، وما توصلت إليه تجارب الدول في مكافحة هذه الظاهرة الخطيرة.

الكلمات المفتاحية:

الجريمة المنظمة، التعاون الأمني الدولي، نظام المتابعة والتصدي، نظام تسليم المجرمين.

Summary :

Dependant on the gravity official criminal acts committed under the umbrella of international organized crime, the results of the latter, on the stability of states as well as on the international peace and security, it is necessary to think how to reduce the evils of the phenomenon in terms of style, strength and scope, and this comes only through a coherent and balanced security system, based on the modern world, and the experiences of countries in combating this dangerous phenomenon.

Key words :

Organized Crime ,International Security Coopération, Follow- up and Response System, The Extradition System.

مقدمة:

تعتبر الجريمة المنظمة الدولية من أخطر التعقيدات التي تواجه المجتمع الدولي سواء في مجموعه أو كدول منفردة، ذلك أنها أصبحت تشكل هاجس لدى الساسة والحقوقيين، وكذا الهيئات الأمنية والوقائية التي أصبح لديها تحدّ من طرف جماعات الجريمة المنظمة، ومما زاد الأمر خطورة هو التقدم الحضاري والتكنولوجي الذي استغل من طرف هذه المنظمات، وذلك باستخدام تقنياته العالية والحديثة في الاتصال وفي تكوين شبكات سرية مستغلة في ذلك التفاوت الطبقي في المجتمع، والظروف المعيشية القاسية لدى فئات عريضة من المجتمع، الشيء الذي ولّد وبحق قراءات حديثة وأنماط مستحدثة جديدة في كيفية التخطيط والتنسيق من أجل تكوين عصابات تعمل في مستويات عالية التستر، ومن ثمّ القدرة على الإفلات من المتابعة الأمنية والقضائية، الأمر الذي أوجب على المجتمع الدولي ككتلة واحدة وعلى الدول بصفتها العناصر الأساسية المشكلة لهذه الكتلة أو حتى المنظمات الدولية الحكومية، وفي مقدمة ذلك رجال القرار والساسة وكذا رجال القانون التصدي لهذه الظاهرة الخطيرة والفتاكة، وذلك من خلال وضع تشريعات وسنّ المزيد من القوانين الفعالة لمكافحة الصور الجديدة للإجرام، ومن ثمّ العمل بكل ما أتيح من أجل تفكيك شفرات وأنسجة هذا التنظيم الفتاك.

ونظراً لدقة وحساسية موضوع الجريمة المنظمة، فقد اتجهت معظم الإرادات الدولية صوب تبني نهج رادع وفعال حيال هذه الظاهرة، وذلك من خلال عقد العديد من الاتفاقيات والصكوك الدولية بغرض إضفاء المزيد من التنسيق الدولي للتضييق على مناهج الإجرام، كما عمدت الدول إلى تبني الكثير من المقاربات الوطنية من خلال التشريعات الداخلية، و الجزائر بصفتها أحد أهم الأعضاء

الدولية التي تضررت كثيرا من عمل هذه المنظمات سواء من خلال التهريب بكافة أنواعه وأشكاله، أو من خلال تبييض الأموال أو الاتجار الممنوع بمختلف المواد المحظورة، فقد عمد المشرع الجزائري إلى سنّ منظومة قانونية رادعة للمنظمات الإجرامية التي لها امتداد دولي أضّر بالاقتصاد الوطني في كثير من جوانبه.

وما يمكن تسجيله بداية أن أنشطة الجماعات المنظمة لم تعد تمارس بتلك الأساليب البسيطة، بل أصبحت تمارس على نطاق واسع وبشكل منظم، حيث انتقلت من حيز إقليم الدولة الواحد إلى عدة دول، بل إلى عدة قارات، الشيء الذي أكسبها الغموض الذي نتج عنه إرباك في الهيئات الأمنية المكلفة بمحاربة هذه الظاهرة الخطيرة.

وعلى غرار باقي الدول فقد أسهم المشرع الجزائري ولو بالشيء القليل من خلال منظومته القانونية النازمة لشأن العصابات الإجرامية، وذلك بفضل القوانين التي تعمل الأجهزة الأمنية والقضائية من خلالها في التصدي لهذه المشكلة المتجددة، وعليه فإن الإشكال الذي نراها جذيرة بالمناقشة والتحليل هي: إلى أي مدى وفق المشرع الجزائري في التصدي لظاهرة الإجرام المنظم من خلال المنظومة القانونية النازمة لهذه الظاهرة الخطيرة؟ وهل ما تمّ سنّه من قوانين في هذا المجال كاف بالنسبة للهيئات الأمنية و لجهات القضائية في التصدي لأسباب ونتائج ظاهرة الإجرام، من ثمّ ملاحقة ومكافحة الجناة، ولحماية الإمام بأهم جوانب هذا الموضوع نتطرق بداية إلى أهم معالم الجريمة المنظمة في المطلب الأول ثم نتناول إجراءات المتابعة والملاحقة لأعضاء الجريمة المنظمة في المطلب الثاني.

المطلب الأول

ماهية الجريمة المنظمة

لقد تزايدت خطورة الجرائم المنظمة في الآونة الأخيرة و خصوصا مع استخدام هذه الأخيرة للتقنيات والتكنولوجيات الحديثة والمتطورة، الأمر الذي زادها تعقيدا وغموضا، وخصوصا عند استخدامها أساليب حديثة ومتجددة من جهة وغياب تعاريف نازمة لهذه الظاهرة وتعدد صورها وأنشطتها من جهة ثانية، الشيء الذي أدى بعصابات الإجرام إلى استغلال كل الوسائل المشروعة وغير المشروعة، السرية والعلمية، لارتكاب أبشع الجرائم مستندين في ذلك على خطط محكمة، وفي سرية تامة معتمدين على عالم التقنية والمعلوماتية للتستر والإفلات من المتابعات الأمنية والقضائية، وعليه فما المقصود بالجريمة المنظمة؟ وما أهم خصائصها؟؟ ولبيان ذلك نتطرق إلى الفروع التالية.

الفرع الأول: تعريف الجريمة المنظمة.

لقد تباينت التعريفات التي ضبطت بشأن تحديد معنى الجريمة المنظمة وذلك تبعا لزاوية الدراسة اعتمادا على المنطلقات والمآلات فكان من ذلك التعريف الفقهي والقانوني، وما جاءت به بعض الاتفاقيات الدولية، وهذا نتطرق إليه وفق النقاط التالية.

أولا: التعريف الفقهي للجريمة المنظمة.

لعل من أهم التعريفات التي قيلت في هذا الشأن ما جاء على لسان الدكتور "بطرس غالي" الأمين العام السابق للأمم المتحدة عندما ذهب إلى تعريف الجريمة المنظمة على أنها ظاهرة عالمية لا يخلو منها أي مجتمع دولي، كما أنها تستند إلى جماعات إجرامية تعمل في كل مكان منتهكة بذلك القواعد الأساسية للقانون، وأن نتائجها تعود على المجتمع الدولي كافة بالمآسي والويلات¹.

كما قد تعرف الجريمة المنظمة اعتمادا على موضوعها، وهذا ما أشار إليه أنصار المدرسة الموضوعية على أنها واقعة ضارة بمصالح المجتمع الإنسانية التي يقوم عليه أمنه وكيانه، ومن ثمّ فالجريمة بهذا المفهوم هي الواقعة الضارة بكيان المجتمع²، في حين يرى أنصار المدرسة

1 - محمد سامي الشو، الجريمة المنظمة و صداها على الأنظمة العقابية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1998، ص 37.

2 - محمد منصور الصاوي، أحكام القانون الدولي المتعلقة بمكافحة الجرائم ذات الطبيعة الدولية، دار المطبوعات الجامعية، مصر، ص 7.

الشكلية أن تعريف الجريمة المنظمة يكمن في العلاقة الشكلية بين الجريمة وقانون العقوبات، فالجريمة عندهم هي الواقعة التي ترتكب بالمخالفة لقواعد القانون¹.

أما المدرسة التكاملية (التوفيقية) فإنها تعرف الجريمة الدولية على أنها الفعل الذي يرتكب إخلالا بقواعد القانون الدولي، مع اعتراف لهذا الفعل بصيغة الجريمة واستحقاق فاعلة للعقاب².

ثانيا: التعريف القانوني للجريمة المنظمة.

هناك عدة تعاريف قيلت عن تحديد معالم الجريمة المنظمة تبعا لهذه الزاوية، لعل من أهمها أنها مشروع إجرامي قائم على أشخاص يوحدون صفوفهم من القيام بأعمال إجرامية بشكل دائم ومستمر، متخذين في ذلك تنظيما ذا بناء هرمي خاضع لنظم و لوائح داخلية وصارمة، وتهدف هذه الجماعة إلى تحقيق أكبر ربح ممكن، سواء بوسائل مشروعة أو غير مشروعة³.

كما تعرف الجريمة المنظمة على أنها سلوك إجرامي يتصف بالتنظيم الدقيق و الاحتراف والاستمرارية، وذا بنيان هرمي مندرج يعمل به أفراد التنظيم، لهم أهداف إجرامية تنفذ بدقة متناهية ويستهدف الربح، والنفوذ السياسي من خلال استخدام العنف والتهريب وتتسع دائرة نشاطه ومجال عمله على المستويين الإقليمي والدولي⁴، في حين عرف القاضي الإيطالي "حيوفاني فالكوني" الجريمة المنظمة "بأنها ليست تنظيما إجراميا بسيطا يرتكب الجريمة بعد تفكير وتدبر، ولكنها مجتمع إجرامي مغلق ومتماسك، يضم المئات وبل الآلاف من المجرمين المحترفين، يعتمد على زرع الرعب والخوف، ويرتكب جرائمه على مرأى ومسمع من الأجهزة السياسية والتنفيذية، ويخضع مجتمع المافيا إلى قاموس يحكمه، ويبين شروط الانضمام إليه و الترقى فيه، والتربع على قمته، والتنكيل بمن يخرج عليه، أو يبلغ السلطان عن أنشطته⁵.

الفرع الثاني: خصائص الجريمة المنظمة.

إن الجماعات الإجرامية التي تعمل وفق منظمات أحاطت نفسها بعدة خصائص و صفات، وحددت لنفسها العديد من الأهداف واعتمدت على جملة من الأساليب، من أجل الوصول إلى الأهداف المسطرة، وهي بذلك تخضع لتنظيم محكم من قيادة مركزية سرية محاطة بمجموعة من الشفرات المستعصية التفكيك، وكل ذلك من أجل العمل في سرية وأمان، و لعل من أهم الخصائص التي تتصف بها هذه المنظمات الإجرامية نذكر ما يلي:

أولا: الخصائص المتعلقة بفلسفة و إيديولوجية جماعات الجريمة المنظمة.

إن عالم الجريمة المنظمة ليس له لون يضبطه و لا صفة تحدده، بل يتخذ من علمية الفكرة منهجا له، ومن استهداف الربح الوافر هدفا له، فهذه الجماعات لها القدرة على تمص اللون والشكل والدين الذي تريده ومن الصفات النافذة لذلك نذكر:

(1)- عالمية التخطيط والتنفيذ.

الجريمة المنظمة الدولية لا تعترف بالحدود ولا بالأقطار، بل تتخذ من العالم كله مسرحا لها، وخصوصا عند اعتمادها على التقنيات الحديثة، والسيولة المعلوماتية. ومن ثمة فهي تتخذ شكل الإخطبوط في ربط علاقات واسعة ومتعددة، عبر العديد من الدول.

(2)- القدرة على تمص الإيديولوجيات والفلسفات الدينية أو السياسية.

1 - بدر الدين شبل، القانون الدولي الجنائي الموضوعي دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى سنة 2011، ص 22.

2 - بدر الدين محمد شبل، المرجع نفسه، ص 26.

3 - نسرین عبد الحمید نبیه، الجريمة المنظمة عبر الوطنية، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص 57.

4 - أحمد مصطفى إبراهيم سليمان، الإرهاب والجريمة المنظمة، التجريم و سبل المواجهة، مطبعة العشري، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 111.

5 - محمد محي الدين عوض، جرائم غسل الأموال، مركز الدراسات و البحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الطبعة الأولى، الرياض، 2004 ص 151.

إن أفراد هذه العصابات الإجرامية ليس لهم دين معين ولا سياسة محددة، ولا إيديولوجية واضحة، بل لهم القدرة التامة على التكيف مع كل الأفكار التي توصلهم إلى تحقيق أهدافهم في أمن، وعليه فإن تنظيم هذه الجريمة لا يكون مقصور على عضوية أشخاص معينين سواء من أصل عربي أو جنسي معين أو تاريخ إجرامي معين أو خلفية معينة¹.

(3) - استهداف أكبر قدر ممكن من الأرباح.

لعلّ هذه الخاصية هي المحدد الهام في تنظيم الجماعات الإجرامية، ذلك أن كل النشاطات التي تقوم بها هذه العصابات فهي تستهدف من ورائها جني أكبر قدر ممكن من الأموال، أو الحصول على مناصب نافذة في الدوائر الحساسة بغرض مواصلة النشاط والربح، فهي بذلك تسعى إلى السيطرة على النقابات العالمية لعالم رؤوس الأموال والسيطرة بالقوة والعنف على المشروعات الهامة، حتى وإن استدعى ذلك خطف الأشخاص وتهريب المخدرات، والاتجار بالرقيق وغيرها من الأنشطة الإجرامية².

ثانيا: الخصائص المتعلقة بالوسائل والأساليب.

لعل أهم ما يميز الأنظمة النازمة لهيكل العصابات الإجرامية التي تمتلئ الجرائم المنظمة ذلك البناء الهرمي، الذي يتسم بالسرية والتدرج الرئاسي والمسؤولية المحددة، على أساس من الثبات والاستمرار، في ظل نظام استبدادي محكم يجعل منه المناعة من الاختراق، كونه ينطوي على تخطيط محكم وذلك للسلامة من المتابعات الأمنية والقضائية، ولعلّ من أهم الخصائص النازمة لذلك نذكر:

(1) - التنظيم المحكم.

بقصد الإفلات من المتابعات الأمنية فإن هذه الجماعات تخضع لتنظيم هرمي محكم بحيث لا يستطيع أي عضو التصرف خارج هذا البناء، وبخلاف ذلك فإنه يتعرض لعقوبات جدّ قاسية.

(2) - الاعتماد على تحديد المسؤوليات في سرية تامة.

إن الاعتماد على طابع السرية يعد الضمانة الأولى لديمومة نشاطات هذه العصابات، كما أن تحديد المسؤوليات والتخصص من البداية يعد كذلك ضمانة لنجاح هذه الأعمال، وخصوصا إذا ما كانت تستهدف نشاطات دولية أو أعمال عابرة للقارات، فإن تخفي الأعضاء وراء نشاطات مشروعة يعد عامل هام لإنجاز المهام الكبيرة التي تسعى إلى استهدافها.

(3) - التخفي وراء الأساليب المشروعة وغير المشروعة.

بقصد استمرار أنشطة الجماعات المنظمة فإن هذه الأخيرة لا تتوانى في التستر وراء أي أسلوب، سواء كان ذلك مشروعا أو غير مشروعا، بل الأكثر من ذلك إن استدعى الأمر الرشوة أو التهديد أو العنف، فإن ذلك لا يثني هذه العصابات من هذه المسالك، ولعلّ استهداف الربح يجعل من سبل الفساد المالي طريقا معبدا لهؤلاء، وهذا ما أكدت عليه اتفاقية باليرمو لعام 2000 بإلزام الدول الأعضاء باتخاذ تدابير بهدف تجريم الأفعال الإجرامية المقررة في متن هذه الاتفاقية³، وإجمالا نستطيع القول أن الجماعات الإجرامية التي تشتغل في حقل الجريمة المنظمة تعمل وفق خصائص و صفات جدّ دقيقة، بغرض الديمومة والاستمرارية، ولعلّ من أهم ذلك نذكر:

- وجود بناء هرمي تتقدمه سلطة مركزية تتربع على قمة هذا الهرم.
- يخضع أعضاء هذا التنظيم إلى أحكام صارمة متبوعة بعقوبات جدّ قاسية في حالة المخالفة.
- الاعتماد على عالم المعلوماتية والتقنيات الحديثة المتطورة.

1 - علي سويلم، الأحكام الموضوعية و الإجرائية للجريمة المنظمة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة 2008، ص 33.
2 - عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية وسلطة العقاب عليها، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، سنة 2007، ص 273.
3 - المادة الثانية من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة في الدور 55 المؤرخ في 15 تشرين الثاني / نوفمبر 2000.

- اتخاذ من جميع دول العالم مسرحا لها، بالقدر و الكيفية التي تراها مناسبة في الوقت و المكان المحددين.
- استهداف كل القطاعات السياسية، اقتصادية، تجارية، ثقافية، سياسية، عقائدية المهم الوصول إلى الهدف المنشود.
- اللجوء إلى القوة و العنف كلما دعت الضرورة إلى ذلك¹.

المطلب الثاني

إجراءات المتابعة لأعضاء الجريمة المنظمة

على غرار باقي الدول العربية فإن السياسة التشريعية للجزائر تعتمد أساسا على مواكبة التغيرات والتطورات الحاصلة على المستوى الدولي، الأمر الذي جعل الجزائر تنظم إلى عدت اتفاقيات² دولية بغية سنّ تشريعات جزائية سواء من الناحية الموضوعية أو من الناحية الإجرائية، بقصد الانضمام إلى المجموعة الدولية في جهودها الرامية إلى محاربة الإجرام بكافة أنواعه وخصوصياته، وخاصة الجريمة المنظمة، وحتى نعطي فكرة عن أهم هذه الجهود فإننا نتبع النقاط التالية:

الفرع الأول: نظام المتابعة في الجريمة المنظمة.

بقصد إحكام المتابعة للوصول إلى النتائج المطلوبة، فإن المشرع الجزائري يتبع في ذلك الخطوات التالية.

أولا: مرحلة البحث والتحري.

نظم المشرع الجزائري هذه المرحلة الدقيقة من عمر المتابعة في الجريمة المنظمة بإجراءات وأساليب أحاطها بالدقة لخصوصية الموضوع نستعرضها فيما يلي:

01- الإجراءات والتدابير الخاصة.

عن أهم ما خص به المشرع الجزائري هذه التدابير نذكر:

أ)- تمديد الاختصاص المحلي لضباط الشرطة القضائية وبعض وكلاء الجمهورية.

القاعدة العامة أن ضباط الشرطة القضائية يباشرون أعمالهم في دائرة اختصاصهم، هذا ما يسمى بالاختصاص المحلي³، غير أن هناك استثناءات على هذه القاعدة، كما هو الأمر بالنسبة لضباط الشرطة القضائية التابعين لسلطة الأمن العسكري، أو في حالة الاستعجال، وكذا عندما تطلب السلطات ذلك، بينما نجد أن المشرع الجزائري خرج على هذه القاعدة والاستثناءات القضائية بتمديد الاختصاص في حالة البحث والتحري المتعلقة بالجريمة المنظمة، و يمتد الاختصاص في مثل هذه الحالات إلى كافة الإقليم الوطني.

1 - نسرين عبد الحميد نبيه، المرجع السابق، ص 66.

2 - انضمت الجزائر إلى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الموقع عليها في البرمو الإيطالية (15/12) ديسمبر 2000 وصادقت عليها بموجب المرسوم الرئاسي رقم 55/22 المؤرخ في 05 فيفري 2002 .

- ومن القوانين الصادرة في الجزائر والمهتمة بمكافحة الجريمة المنظمة نذكر القانون رقم 18/04 المؤرخ في 2004/12/05 المتعلق بالوقاية من المخدرات والمؤثرات العقلية وقمع الاستعمال والاتجار غير المشروعين.

- القانون 01/05 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتعلق بالوقاية من تبييض الأموال وتمويل الإرهاب.

وكذلك نذكر الأمر 06/05 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب الذي تضمن الإشارة للجريمة المنظمة العابرة للحدود.

- وكذلك القانون رقم 01/06 المتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته.

3- محمد حزب، مذكرات في قانون الإجراءات الجزائية الجزائري الطبعة الثانية، دار هومة، ص54.

بينما نجد أن المشرع الجزائري خرج على هذه القاعدة والاستثناءات المتعلقة بما كلما تعلق الأمر بالجريمة المنظمة، فإن الاختصاص يمتد إلى كافة الإقليم الوطني شريطة إعلام وكيل الجمهورية المختص إقليمياً¹. كما مدد المشرع الجزائري الاختصاص المحلي لبعض وكلاء الجمهورية لإدارة التحريات في بعض الجرائم وفي مقدمتهم الجريمة المنظمة إلى دوائر اختصاص محاكم أخرى، وهذا لدقة موضوع الجريمة المنظمة وحساسيته².

ب)- تفتيش المساكن والمحلات.

خرج المشرع الجزائري في هذه الجزئية عن ما هو معمول به كلما تعلق الأمر بالجريمة المنظمة حيث استبعد حضور المتهم أو الشهود في عملية التفتيش، كما مدد زمن التفتيش ليشمل 24/24 شريطة الحصول على إذن مسبق من وكيل الجمهورية³، طبعا كلما تعلق الأمر بجرائم تبيض الأموال وجرائم المخدرات والجريمة المنظمة عبر الحدود الوطنية.

ج)- الحجز تحت النظر.

القاعدة المعمول بها في الجرائم العادية هو أنه يمكن لضابط الشرطة توقيف الشخص متى كان توقيفه ضروريا لمدة 48 ساعة قابلة للتמיד لتصبح 4 أيام شريطة إذن مكتوب من وكيل الجمهورية، إلا أن المشرع الجزائري خرج عن هذه القاعدة كلما تعلق الأمر بجرائم المخدرات، تبيض الأموال والجريمة المنظمة عبر الوطنية لتصل المدة 8 أيام عكس ما هو معمول به في الجرائم الأخرى⁴.

ثانيا: أساليب البحث والتحري الخاصة.

نظرا لدقة وحساسية الجرائم المنظمة والسرية التامة التي تمتاز بها فقد خصّ المشرع الجزائر هذه المسألة بتدابير جديدة تما شيا والتطورات الحاصلة⁵ والتي نذكر أهمها.

أ)- اعتراض المرسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.

أدخل المشرع الجزائري هذه التقنية المستحدثة إعمالا للتكنولوجيا من جهة ولتقف آثار المجرمين من جهة ثانية، كلما تعلق الأمر بالجرائم التي تشكل خطرا جسيما⁶، كما يمكن لضابط الشرطة أن يضع الترتيبات اللازمة ولو بدون رضا أصحاب المحلات أو السكنات التي تستخدم لهذه الأغراض بنص المادة 47 من قانون الإجراءات الجزائية.

ب)- التسرب أو الاختراق.

وتعرف هذه التقنية الجديدة بأنها قيام ضابط أو عون شرطة قضائية تحت مسؤولية الضابط المكلف بتنسيق العملية بإيهام المشتبه فيهم بارتكاب جنائيات أو جنح أو أنه فاعل معهم أو شريك لهم⁷. ويكون استخدام هذه التقنية بقصد الإمساك بالجناة كلما تعلق الأمر بجرائم المخدرات أو الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات أو جرائم تبيض الأموال والإرهاب، وكل ما يدخل في إطار الجريمة المنظمة، ويخضع الاختراق إلى شروط حددتها المادة 65 مكرر 15 من قانون الإجراءات الجزائية، وهب على النحو الآتي.

4- الفقرة 7 من المادة 16 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري القانون رقم 15-12 المؤرخ في 15 يوليو 2015.

5- المرسوم التنفيذي رقم 48/06 المؤرخ في 05 أكتوبر 2006.

1- المواد 47، 45 من القانون رقم 06-22 المؤرخ في 22 ديسمبر 2006.

2- المادة 51 من الأمر رقم 15-02 المؤرخ في 23 يوليو 2015.

5 - العدواني عبد الحميد، وكيل الجمهورية لدى محكمة ورقلة، إدارة التحريات والتحقيقات الأولية في الجرائم التي تدخل في اختصاص القطب القضائي الجزائري

محاضرة ألقيت على القضاة بمجلس قضاء ورقلة في 28 جانفي 2009، الملتقى الجهوي لمكافحة الإجرام الخطير، ص 05.

4 - المواد 65 مكرر 05 إلى 65 مكرر 10 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

5 - المادة 65 مكرر 12 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

01- الشرط الأول: فيما يتعلق بالاختصاص بالتحقيق في الجريمة المنظمة.

نظرا لخصوصية مثل هذه الجرائم وعلى غرار الكثير من التشريعات العالمية¹ فقد جاء المرسوم الرئاسي 348/06 المؤرخ في 2006/08/05 المتعلق بإنشاء الأقطاب القضائية، واسند الأمر لقضاة التحقيق في جرائم الإرهاب والجرائم المعلوماتية والجريمة المنظمة العابرة للحدود الوطنية.

02- الشرط الثاني: فيما يتعلق بالتدابير والإجراءات الخاصة بالتحقيق

طبقا للتعديل الذي أدخل على قانون الإجراءات الجزائية رقم 22/06 المؤرخ في 20 ديسمبر 2006 فقد استحدثت عدة صلاحيات جديدة تتعلق بخصوصية بعض الجرائم نذكر منها:

(أ)- الإذن باعتراض المراسلات وتسجيل الأصوات والتقاط الصور.²

(ب)- الإذن بإجراء عملية التسرب.³

(ج)- حماية الشهود والخبراء والضحايا إذ جاء على الخصوص «يكن إفادة الشهود والخبراء من تدابير أو أكثر من تدابير الحماية غير الإجرائية أو الإجرائية المنصوص عليها في هذا الفصل إذا كانت حياتهم أو سلامتهم الجسدية أو حياة أو سلامة أفراد عائلاتهم بسبب المعلومات التي يمكن تقديمها للقضاء والتي تكون ضرورة لإظهار الحقيقة في قضايا الجريمة المنظمة أو الإرهاب أو الفساد»⁴.

(د)- تمديد الحبس المؤقت كلما تعلق الأمر بالجرائم المنظمة.⁵

الفرع الثاني: نظام الجزاء في الجريمة المنظمة.

أحاط المشرع الجزائري نظام الجزاء في الجريمة المنظمة بمجموعة من الخصوصيات متى ثبتت الأدلة والقرائن الدامغة المثبتة لفعل الجرم وذلك كما يلي:

أولاً: خصوصيات المحاكمة في الجريمة المنظمة.

لعل أهم هذه الخصوصيات المتعلقة بالمحاكمة نذكر:

(أ)- اختصاص النظر في الجريمة المنظمة.

خروجاً على القواعد العامة النازمة لاختصاص النظر في التشريع الجزائري فقد استثنى المشرع الجريمة المنظمة من خلال نص المادة 329 من القانون 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004 بتمديد الاختصاص المحلي لبعض المحاكم للنظر فيها إلى دوائر اختصاص محاكم أخرى.⁶

(ب)- تقادم المتابعة في الجريمة المنظمة.

1 - التشريع الإيطالي يعطي الاختصاص لمكتب التحقيقات المافيا التشريع الأمريكي إلى مكتب التحقيقات الاتحادي (FBI)

7 - المادة 65 مكرر 05 من قانون الإجراءات الجزائية الجزائري.

3 - المواد 65 مكرر 11 إلى 65 مكرر 18 قانون الإجراءات الجزائية

4 - المادة 65 مكرر 19 من أمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015، أما التدابير الإجرائية لحماية الشاهد والخبير أقرتها المادة 65 مكرر 23 من نفس الأمر.

3 - المادة 125 مكرر من أمر 08-01 المؤرخ في 26 يوليو 2001، وكذلك المادة 125 مكرر الأمر رقم 02-15 المؤرخ في 23 يوليو 2015.

6 - وكان ذلك بموجب المرسوم التنفيذي رقم 06-348 المؤرخ في 05 أكتوبر 2006 أين تم توسيع الاختصاص المحلي للمحاكم، سيدي أحمد، قسنطينة، ورقلة، وهران، أقطاب قضائية مختصة في محاكمة المجرمين المتورطين في جرائم منها الجريمة المنظمة.

استثناء خرج المشرع الجزائري على التشريع المعمول به والقاضي بتقادم الدعوى العمومية في مواد الجنايات بانقضاء 10 سنوات وفي الجناح بانقضاء 3 سنوات، إذ خص الجرائم التي تدخل في إطار الجريمة المنظمة بعدم التقادم ذلك لما تشكله من خطر على الوطن والمواطن.

ثانيا: خصوصية العقاب على الجريمة المنظمة.

تبعا لما ترمي إليه اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بمكافحة الجريمة المنظمة من ضرورة تشديد العقاب على الجناة فقد عمد المشرع الجزائري إلى مسايرة هذه المقاربة.

أ- تخصيص قواعد استثنائية للعقاب على الجريمة المنظمة.

في إطار التضييق على الجريمة المنظمة ومعاقبة الجناة فقد عمد المشرع الجزائري إلى سياسة التشديد وذلك من خلال:

- العقاب على الأفعال التي لا تعد أو أن تكون مجرد أفعال تحضيرية ومن ذلك: الاتفاق على تكوين جماعة إجرامية، الإعداد لارتكاب جرائم وغيرها¹.

- عدم استفادة المحكوم عليهم في واحد من الجرائم الخاصة (الإرهاب، التخريب، والجريمة المنظمة العابرة للقارات، من نظام وقف تنفيذ الإكراه البدني)².

ب- تشديد العقوبة في الجريمة المنظمة.

بقصد شدّ انتباه المقدمين على الانخراط في العصابات الإجرامية فقد عمد المشرع الجزائري إلى تشديد العقوبات التي تترتب على الأفعال الإجرامية تحت طائلة الجرائم المنظمة وذلك من عدة أوجه.

01- عدم احترام سلم العقوبات المنصوص عليه في المادة 05 من قانون العقوبات كلما تعلق الأمر بالجرائم الخطرة والجرائم المنظمة مثل (جرائم المخدرات، المؤثرات العقلية، تبييض الأموال...)

02- إضفاء وصف الجناية لأول مرة على أعمال التهريب وهذا ما ورد في الأمر 06/05 المؤرخ في 2005/08/23 المتعلق بمكافحة التهريب ومنها (الاتجار غير المشروع بالأسلحة، تهريب الأسلحة...).

03- عدم إفادة المتهم بظروف التخفيف بتحديد مدة الفترة الأمنية بعشرين سنة سجنا³ وكذلك يظهر التشديد بتقييد السلطة التقديرية للقاضي، وذلك باستبعاد تطبيق المادة 53 من قانون العقوبات ويكون مثال ذلك "...لا يجوز النزول..."⁴

ومن ثم نجد أن المشرع الجزائري بهذه الإجراءات حاول إلى حد بعيد تخفيف منابع الجريمة المنظمة بالتضييق على الجناة ابتداء، وتشديد العقوبة المسلطة على الفعل المجرم انتهاء.

خاتمة:

إن الجريمة المنظمة بكافة أنواعها و على اختلاف مستوياتها أصبحت هاجس لدى الساسة و الحقوقيين و كذا رجال الأمن والقضاء ناهيك عن المختصين في عالم المعلوماتية، ذلك أن عصابات الإجرام أصبحت تعتمد و بشكل كبير على التقنيات الحديثة والتكنولوجيات المتطورة، الأمر الذي زاد من صعوبة ملاحقة هؤلاء المجرمين بغرض الإمساك بهم و تقديمهم للجهات القضائية المختصة،

5 - المواد 176 إلى 177 مكرر من قانون العقوبات الجزائري.

6 - القانون رقم 04-14 المؤرخ في 10 نوفمبر 2004.

1 - المادة 23 من الأمر 06/05 المتعلق بمكافحة التهريب.

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري الخاص، الجزء الأول، الطبعة الثامنة دار هومة، الجزائر، 2008، ص 469.

ومما صعب من حدّ هذه المشكلة العابرة للحدود هو دخول هذه الأخيرة في مخططات تنسيقية محكمة عبر الدول، فقد استطاعت ألاّ تترك شبرا من هذا العالم الواسع إلّا و عملت فيه حسب المعطيات و الحاجات المتوفرة.

وقصد مواكبة التشريعات الدولية و التطورات الحاصلة في مجال مكافحة الجريمة المنظمة فقد عمل المشرع الجزائري على سنّ منظومة قانونية و أخرى أمنية، مستعينا على ذلك بما تيسر من تعاون دولي، و من تبادل للخبرات بين مختلف الأجهزة العالمية، كل ذلك بقصد التضييق على النشاطات الإجرامية، و حصر المجرمين و ملاحقتهم و تقديمهم للعدالة، غير أن ذلك يبقى مطلب صعب المنال و خصوصا إذا أدخلنا في الحسبان الاستخدام العالمي للشبكة المعلوماتية العالية، التي تقف الدول منفردة أمامها عاجزة عن أي مجابهة، و عليه يمكن أن تقدم بعض المقترحات التي من شأنها المساعدة و لو بالشيء القليل في التصدي لهذه الظاهرة من ذلك:

- ضرورة سنّ المزيد من التشريعات النازمة لمكافحة الجريمة المنظمة مع تحسين الموجود بما يتماشى و التغيرات الداخلية و الدولية.
- الانضمام إلى المزيد من الاتفاقيات الدولية المعنية بشأن التصدي لهذه الظاهرة، مع تبادل الخبرات بين الأجهزة الأمنية و القضائية بين مختلف الدول.
- الاستفادة من الجانب المعلوماتي التقني المبني على التكنولوجيا الحديثة، و التقنيات المتطورة بغرض التضييق على نشاط هذه العصابات داخليا و خارجيا.
- استخدام نظام بسيط لتسهيل إجراءات تسليم المجرمين بين الدول.
- تفعيل مقارنة التنسيق الأمني تحت مظلة المنظمة الدولية للشرطة الجنائية الأنتربول في ظل التعاون الأمني الاستراتيجي.

شروط صحة اتفاق التحكيم في التشريع الجزائري

Conditions for the validity of the arbitration agreement in Algerian legislation

د. تكوك شريفة، دكتوراه حقوق، تخصص قانون إجرائي،

أستاذة مؤقتة، كلية الأدب العربي والفنون

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/08/09 / تاريخ المراجعة: 2018/11/21

ملخص:

يعتبر اتفاق التحكيم عقد ذو طبيعة خاصة، مما يجعله يتميز عن باقي العقود التي عهدناها، تكمن هذه الخصوصية في أركانها الخاصة فإلى جانب الأركان العامة التي ألفناها في العقود من رضا وأهلية ومحل، نجد اتفاق التحكيم اشترط المشرع أن يفرغ في شكل كتابي مع تحديد موضوع النزاع وتعيين المحكم أو المحكمين وكل ذلك تحت طائلة البطلان.

الكلمات المفتاحية:

اتفاق التحكيم، الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم، شروط صحة اتفاق التحكيم.

Abstract :

The arbitration agreement is a contract of a special nature wich makes it distinguished from the rest contracts that we have entrusted . This privacy lies in its own structure.

In addition to the general elements that we have established in the decades of satisfaction, eligibility and objet the arbitration agreement requires that the legislation be emptied in written form with the determination of the subject matter of the dispute and appointment of the arbitrator or arbitrators and all this is under the weight of invalidity.

Key words:

Arbitration Agreement, the legal nature of the arbitration agreement, Conditions for the validity of the arbitration agreement.

مقدمة:

إذا كان القضاء مهمته الأساسية هي فض المنازعات التي تثور بين الأفراد فيما بينهم أو بين الأفراد والدولة هو الأصل، فإن لجوء المشرع إلى الطرق البديلة وخاصة التحكيم لحل المنازعات يعتبر طريقا استثنائيا، ونظرا للمزايا التي يحظى بها التحكيم صارت الدولة تلجأ إليه في علاقاتها الاقتصادية الدولية وفي الصفقات العمومية لما يوفره من سرية الإجراءات والحفاظة على العلاقات الاقتصادية بين الدول. قد يكون التحكيم سابقا عن النزاع ويسمى في هذه الحالة بشرط التحكيم، وقد يكون لاحق فيسمى باتفاق التحكيم (مشاركة التحكيم)، وفي كلتا الحالتين يترك الأمر فيه لإرادة الأطراف، وعليه تتمحور إشكالية الدراسة حول ما هو اتفاق التحكيم؟ وما هي شروطه؟. سنحاول دراسة اتفاق التحكيم من خلال مبحثين، سنتطرق في المبحث الأول إلى مفهوم التحكيم، بينما المبحث الثاني سيتمحور حول شروط صحة اتفاق التحكيم.

المبحث الأول

مفهوم التحكيم

نظرا لسهولة إجراء التحكيم قامت معظم التشريعات بإقراره لذا سوف نتطرق إلى تعريفه وتبيان طبيعته القانونية (مطلب أول) ثم نعرض إلى أنواع التحكيم ومزاياه (مطلب ثاني).

المطلب الأول: تعريف التحكيم وطبيعته القانونية.

الفرع الأول: تعريف التحكيم.

سنتناول تعريف التحكيم من الناحية اللغوية والاصطلاحية ثم الفقهية وأخيرا التعريف القانوني

أولاً: التعريف اللغوي.

إن التحكيم مصدر حَكَمَ من باب التفعيل بتشديد الكاف مع الفتح، وحكّمه في الأمر أي فوض إليه الحكم فيه، وحكموه بينهم أي أمره أن يحكم ويقال حكمنا فلانا فيما بيننا أي أجرنا حكمه بيننا، وحكّمته في الأمر فاحتكم أي جاز فيه حكمه، وهو أيضا إطلاق اليد في الشيء محل التحكيم للغير وتفويضه بنظر النزاع، ويسمى حكما أو محكما ويسمى الخصوم محتكمين ومفرده محتكم بكسر الكاف كما يسمى المفوضون محكمون ومفرده محكما⁽¹⁾.

ثانياً: التعريف الاصطلاحي.

تولية الخصمين حكما يحكم بينهما، أي اختيار ذوي الشأن شخصا أو أكثر للحكم فيما تنازعوا فيه دون أن يكون للمحكمة ولاية القضاء بينهما، ومن ثم التحكيم شرعا يعني تولية وتقليد من طرفي الخصومة لثالث يفصل فيما تنازعوا فيه⁽²⁾.

ثالثاً: التعريف الفقهي.

اختلف الفقهاء حول تعريف التحكيم، فمن الفقهاء الغربيين نجد شارل جارسون عرف بأنه النظام الذي بموجبه يسوي طرف من الغير خلافا قائما بين طرفين أو عدة أطراف ممارسا لمهنة قضائية عهدت إليه من قبل هؤلاء الأطراف. بينما عرفه أوبي أنه عبارة عن إجراء يتفق بمقتضاه الأطراف على عرض نزاع معين أمام محكم يختارونه، ويحددون سلطاته للفصل بينهم مع تعهدهم بقبول التحكيم الذي يصدره المحكم ويعتبرونه ملزوما⁽³⁾.

أما من فقهاء العرب نجدهم عرفوا التحكيم أنه "الاتفاق على طرح النزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيه دون المحكمة المختصة"⁽⁴⁾، كما عرف بأنه "تقنية تهدف إلى إعطاء حل لمسائل تتعلق بالعلاقات بين شخصين أو عدة أشخاص، من طرف شخص أو عدة أشخاص يستمدون سلطتهم من اتفاق خاص ويحكمون بناء على ذلك الاتفاق دون أن يكونوا مكلفين بتلك المهمة من طرف الدولة"⁽⁵⁾.

رابعاً: التعريف القانوني.

ميز المشرع من خلال قانون الإجراءات المدنية والإدارية بين شرط التحكيم واتفاق التحكيم، فشرط التحكيم هو الاتفاق الذي يلتزم بموجبه الأطراف على عقد متصل بحقوق متاحة بمفهوم المادة 1006 من نفس القانون لعرض النزاعات التي تثار بشأن هذا العقد على التحكيم⁽⁶⁾، فمن خلال هذا التعريف نستنتج أن شرط التحكيم يكون سابق عن النزاع ويحدد أطرافه كتابة المحكم أو المحكمين أو كيفية تعيينهم⁽⁷⁾، أما اتفاق التحكيم نصت عليه المادة 1011 أنه "الاتفاق الذي يقبل الأطراف بموجبه عرض نزاع سبق نشوؤه على

1 - جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، دار صادر للطباعة والنشر، لبنان، المجلد الرابع، ص 186.

2 محمد بن علي بن محمد الحصني، الدر المختار شرح تنوير الأبصار وجامع البحار "كتاب القضاء" دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى 2002، ص 474.

3 علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، التحكيم في منازعات العقود الإدارية الدولية في ضوء القوانين الوضعية والمعاهدات الدولية وأحكام محاكم التحكيم (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012 ص 21.

4 أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والتحكيم الإجباري "ن منشأة المعارف، مصرن الطبعة 5، 1988، ص 15.

5 عبد العزيز قادري، الاستثمارات الدولية، دار هومة للنشر، الجزائر، الطبعة 2، 2006، ص 223.

6 المادة 1007 من القانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/02/23، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، جريدة رسمية عدد 21 لسنة 2008.

7 المادة 1009 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

التحكيم"، وعليه فاتفاق التحكيم يتعلق بنزاع قائم وليس محتمل الوقوع، كما يمكن للخصوم أن اللجوء إلى اتفاق التحكيم أثناء وجود خصومة أمام الجهات القضائية، ولا بد أن يكون مكتوب ويحدد فيه موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاتفاق التحكيم.

اختلف الفقهاء حول طبيعة اتفاق التحكيم ، فقد اعتبر البعض أنه ذو طبيعة عقدية على أساس اتفاق الأطراف، ومنهم من رجع الصبغة القضائية على أساس المهمة المتمثلة في الفصل في النزاع القائم بين أطراف العلاقة القانونية، في حين يرى البعض الآخر أن التحكيم ذو طبيعة مختلطة وحاولوا التوفيق بين النظريتين السالفتين الذكر، سنحاول أن نتطرق لكل نظرية في الآتي:

أولاً: النظرية العقدية.

يسلم أنصار هذه النظرية أن أعضاء هيئة التحكيم ليسوا قضاة وإنما أفراد عاديون⁽²⁾، فاتفاق التحكيم يؤدي إلى إخراج النزاع من سلطان القضاء وإسناده إلى محكم خاص، ويتعين في ذات الوقت القواعد الإجرائية الواجب إتباعها والقانون الواجب تطبيقه، ولذلك فإن القرار الذي يصل إليه المحكم في النهاية هو محصلة لتطبيق الشروط التي اتفق عليها الطرفان، ولذلك يكتسب التحكيم الصفة التعاقدية. كما التحكيم يهدف إلى تحقيق المصلحة الخاصة لأطراف عقد التحكيم، فالمحكم قد يكون وطنياً أو أجنبياً ويستمد السلطة في حل النزاع من اتفاق التحكيم ورضا الخصوم، وإذا اخطأ فلا يخضع لقواعد المخاصمة، وإذا لم يقم بواجبه لا تطبق عليه قواعد إنكار العدالة عكس القاضي. ولا يعتبر عمل المحكم عملاً قضائياً فمن الناحية الشكلية لا يلزم بإتباع إجراءات التي يتطلبها القانون الوضعي إذا ما أعفاهم الخصوم من التقيد بها، أما من الناحية المادية ليس للمحكم سلطة الأمر التي يتمتع بها القاضي⁽³⁾.

ثانياً: النظرية القضائية.

إن التحكيم وفق هذه النظرية يجمع عناصر العمل القضائي الثلاث وهي الإدعاء والمنازعة والعضو، وأن المحكم يعتبر قاضياً بحكم وظيفته ولا يستمد سلطته من عقد التحكيم وحده، وإنما من إرادة المشرع التي تعترف به، فهو نوعاً من أنواع القضاء إلى جانب القضاء، كما أن طبيعة الإجراءات المتبعة أمام هيئة التحكيم فهي تعتبر إجراءات قضائية، فضلاً عن أن حكم التحكيم يحوز حجية قضائية مانعة من مناقشة ما قضى به المحكم إلا بالطرق التي تحددها الأنظمة بهذا الشأن، وهكذا تنظم الدولة قضاء التحكيم بجانب قضاء المحاكم، وما التحكيم إلا نوع من القضاء شأنه شأن القضاء الأجنبي الذي تعترف القوانين الوطنية بأحكامه⁽⁴⁾.

ثالثاً: النظرية المختلطة.

نظراً لانتقادات التي وجهت للنظريتين السابقتين، حاول أنصار النظرية المختلطة إلى إضفاء الصفة التعاقدية التي يجسدها اتفاق التحكيم والثانية الصفة القضائية التي تجسدها وظيفة المحكم متمثلة في حسم النزاع المطروح عليه، فحسب رأي هذه النظرية أن التحكيم يبدأ باتفاق ثم ينتهي بقضاء⁽⁵⁾، كما اعتبروه في جوهره تصرفاً إرادياً على أنه وفي انطلاقه نحو تحقيق هدفه يؤدي إلى تحريك نظام تفاعل فيه عناصر ذات طبيعة مغايرة تدخل في تعداد العمل القضائي⁽⁶⁾.

المطلب الثاني: أنواع التحكيم ومزاياه.

⁸ المادة 1012 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

¹ محمود السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مصر، 2003، ص 46.

² علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 32.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 42.

⁴ علاء محي الدين مصطفى أبو أحمد، مرجع سابق، ص 42.

⁵ محمد السيد عمر التحيوي، الطبيعة القانونية لنظام التحكيم، مرجع سابق، ص 599.

سنخصص هذا المطلب للحديث عن أنواع التحكيم في فرع أول، ومزايا وعيوب التحكيم في فرع ثاني.

الفرع الأول: أنواع التحكيم.

ينقسم التحكيم إلى عدة أنواع حسب الزاوية التي ينظر منها إليه، سنتناوله في الآتي:

أولاً: التحكيم من حيث دور الإرادة.

ينقسم التحكيم وفقاً لمدى حرية الأطراف في اللجوء إليه إلى تحكيم اختياري وتحكيم إجباري، فالتحكيم يكون اختيارياً متى كان اللجوء إليه بإرادة الأطراف المتحكمين، ويستند إلى اتفاق خاص ويستمد وجوده من هذا الاتفاق، فالتحكيم الاختياري هو التجاء الأطراف المتعاقدين لسلطان إرادتهم الحرة المختارة بموجب اتفاق حيث يختارون محكمين والقانون الواجب التطبيق وإجراءات التحكيم. وبالتالي فأساس هذا النوع من التحكيم يقوم على الإرادة الذاتية الحرة للخصوم في اللجوء إلى التحكيم وإقرار المشرع لهذه الإرادة⁽¹⁾. أما إذا لم يكن للأطراف حرية في اللجوء إليه بمعنى أنهم ملزمون باللجوء إليه في حالة نشوء نزاع بينهم بناء على نص يفرض عليهم هذا الطريق، ففي هذه الحالة يكون التحكيم إجبارياً، ويتعين على الأطراف سلوك هذا الطريق، ولا يكون لإرادتهم دخل في ذلك إطلاقاً⁽²⁾.

ثانياً: التحكيم من حيث الإجراءات المتبعة.

ينقسم التحكيم وفق هذا التقسيم إلى تحكيم حر وتحكيم مؤسسي، فالتحكيم الحر هو الأصل بحيث يكون لأطراف النزاع الحرية في اختيار الإجراءات التي يتم الاعتماد عليها في الاحتكام، وكيفية تعيين المحكم أو المحكمين وتحديد مهمتهم والقانون الواجب التطبيق ومكان التحكيم. بينما التحكيم المؤسسي أو ما يسمى بالمقيد فهنا أيضاً يكون للأطراف إرادة في عرض النزاع على مراكز أو مؤسسة مختصة في التحكيم، والإحالة إليه تعني في الأصل الأخذ بقواعد موحدة، إلا إذا أجاز النظام مخالفتها، ومثل هذه الحالة تعفي الأطراف المتحكمين من التصدي لكل تفصيلات الاتفاق على التحكيم اكتفاء بما ورد في شأخا في نظام التحكيم المقيد المختار، ويترب عليه الأخذ بما ورد في نظامه القانوني فقد أصبح التحكيم المؤسسي هو القاعدة في مجال التجارة الدولية، حيث يفضل الأطراف اللجوء إلى هذه المراكز لأنها توفر لهم الأجهزة الإدارية المتخصصة والمدرية تيسيراً لعملية التحكيم وحسن سير الإجراءات⁽³⁾.

ثالثاً: التحكيم بالنظر للمعيار الاقتصادي.

هناك جدل فقهي واسع بخصوص المعيار المعتمد لاعتبار التحكيم وطني أو دولي، فهمنهم من اعتمد على معيار القانون الواجب التطبيق، والبعض الآخر اعتمد على المعيار الجغرافي، وما يهمنا بالأخير المعيار الذي تبناه المشرع الجزائري وهو المعيار الاقتصادي، وعليه فالتحكيم الوطني هو الذي يتعلق بنزاع وطني في جميع عناصره، ويعين لهم محكمين وطنيين يصدر عنهم حكمهم داخل الدولة وفقاً لإجراءات وطنية مع تطبيق القانون الوطني، وبالتالي لا يوجد أي عنصر أجنبي في هذا التحكيم.

أما التحكيم الدولي فقد نص عليه المشرع في المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية الإدارية " يعد التحكيم دولياً بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل"، ويتبين لنا من خلال هذا التعريف اعتماد المشرع على المعيار الاقتصادي لاعتبار التحكيم دولياً، وبطبيعة الحال يتم ذلك عن طريق اتفاقية التحكيم التي تبرم بين دولتين، فهي الأرضية التي تعتمد عليها هيئة التحكيم سواء من حيث القانون الواجب التطبيق أو من حيث تعيين هيئة التحكيم⁽⁴⁾.

⁶ عصمت الشيخ، التحكيم في عقود الدولة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 29.

¹ علاء محي الدين مصطفى، مرجع سابق، ص 49.

² إبراهيم أحمد إبراهيم، التحكيم الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، الطلعة الأولى، 1997، ص 179.

³ المادة 1039 وما يليها من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

الفرع الثاني: مزايا وعيوب اتفاق التحكيم.

للتحكيم مزايا وعيوب لا نجدها عند اللجوء للقضاء تتمثل في:

أولاً: مزايا اتفاق التحكيم.

يلجأ الأفراد إلى اتفاق التحكيم نظراً للمزايا الكثيرة التي يتمتع بها والتي تحثهم دائماً إلى اللجوء إليه مما حتم على المشرع تشريعه كطريق بديل لحل النزاعات لما يلاقيه من تطور وإقبال عليه، وللتحكيم عدة مزايا نذكرها في الآتي:

(01) - السرية.

تعتبر السرية في الإجراءات هي الدافع الذي يشجع التجار أرباب العمل للجوء إلى التحكيم، فبدلاً من العلنية التي يكفلها المشرع للمتقاضين نجد أن التحكيم يمتاز بالسرية، فالتاجر مثلاً بدلاً من نشر أسرارته التجارية عن طريق القضاء نجده يلجأ إلى تسوية النزاع بطريقة سرية والمتمثلة في التحكيم.

(02) - السرعة في الإنجاز.

يعتبر التحكيم الطريق الأمثل والوسيلة المناسبة لسهولة سرعة فض النزاعات بين الأطراف خاصة في مجال المعاملات التجارية التي تقوم على السرعة، فبإمكان طرفي النزاع الاتفاق على عدم قابلية أحكام التحكيم للطعن فيها، وكل هذا يصيب في تفعيل دور التحكيم والتعجيل في إنهاء النزاع بأقصى سرعة ممكنة، خلاف اللجوء للقاضي الذي يتميز بالبطء بحكم طبيعة عملهم التي تفرض عليهم الفصل في النزاع بشكل يومي⁽¹⁾. فالتحكيم وسيلة يستغني فيها الأطراف عن قضاء الدولة، فكما الأفراد لا يستطيعون حل منازعاتهم بالصلح فيما بينهم فكذلك يستطيعون ذلك بالتحكيم⁽²⁾.

(3) - المرونة وبساطة الإجراءات.

يتم اتفاق التحكيم بإجراءات بسيطة حيث نجد أن هيئة التحكيم تتمتع بحرية أوسع وأكثر من القضاء في كل ما يتعلق بإجراءات التقاضي مثل التبليغات وإدارة الجلسات وتنظيمها والاتصال بأطراف النزاع وغير ذلك، وهي في كل هذه الأمور تبتعد ما أمكن عن الإجراءات الشكلية التي تكون في كثير من الأحيان أمام القضاء طويلة ومملة.

بالنسبة للمرونة في الموضوع فالقضاة في المحاكم العادية مكلفون بالقانون يلتزمون بمراعاة نصوصه وإجراءاته، بحيث لو جاءت أحكامهم خلاف النص أو منافية لروحه فهي أحكام معيبة واجبة النقض، ولو كانت تناسب ظروف الدعوى وتحمل مصلحة الخصوم، وهذه العدالة الصماء وإن كان لها إيجابيات كونها تحول دون الميل والهوى، إلا أنه في مجال المنازعات التجارية حيث يرغب الأطراف في عدالة مرنة تتفهم متطلباتهم فتراعي تعاملاتهم سواء السابقة منها على النزاع أو اللاحقة وطبيعة خصوصياتها، فهم يفضلون اللجوء إلى التحكيم الذي يجدون فيه ما ينشدونه من مزايا⁽³⁾.

(4) - الرضاية.

اللجوء إلى اتفاق التحكيم قائم على الرضاية، وهو الأمر الذي لا تجده في معظم الأوقات عند اللجوء إلى القضاء أين يكون أحد الأطراف مضطراً للجوء إليه بوصفه مدعياً.

(5) - حرية اختيار هيئة التحكيم.

¹ بوضياف عادل، الوجيز في شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، كليك للنشر، الجزائر، الطبعة 2012، 1، ص 374.

² محمد فتح الله حسين، شرح قانون التحكيم والتحكيم الإداري، دار الكتب القانونية، مصر، 2005، ص 50.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 53.

اتفاق التحكيم يوفر لأطراف النزاع حرية اختيار المحكمين سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة عن طريق تحديد الجهة التي يعهد إليها اختيارهم. إن اختيار هيئة التحكيم يتم عادة ممن لهم خبرة في مجال النزاع، فالمحكم على خلاف القاضي لا يلزم أن يكون ملما بالقانون، فالأطراف يختارون محكمين ممن لهم خبرة في مجال النشاط الذي يتعلق به موضوع النزاع، أما القاضي وإن كان متمكنا في الأمور القانونية إلا أنه قد يكون قليل الخبرة بموضوع النزاع.

(6) - المحافظة على مستقبل العلاقة بين الأطراف.

قد يدخل أطراف النزاع إلى ساحة القضاء وهم مهتمون بتصفية حساباتهم، فالفكرة لا تخرج عن ربح القضية لطرف وخسارتها للطرف الآخر وبالتالي تندور العلاقات بل وتتحطم، على خلاف التحكيم فعندما يلجئون إليه في اعتبارهم المحافظة على مستقبل العلاقة بينهم، ونظرا لهذه الخصائص التي يتميز بها التحكيم بوجه عام، سمحت التشريعات القانونية لأشخاص القانون العام باللجوء إليه لحل بعض نزاعاتهم، ومن بينها المشرع الجزائري إذ اعتبره أحد الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية⁽¹⁾.

ثانيا: عيوب اتفاق التحكيم.

رغم المزايا التي تتوفر عليها إجراء التحكيم في فض النزاعات إلا أنه لا يخلو من العيوب والتي يمكن إجمالها في الآتي:

(01) - التحكيم آلية الدول المتقدمة اقتصاديا.

إن الدول المتقدمة اقتصاديا تعتمد على التحكيم وتعدّه آلية من آلياتها لضمان ريادةها، فالتحكيم المقصود به منع القضاء الوطني في الدول النامية من نظر منازعات عقود التنمية الاقتصادية وحتى لا يتعرض المستثمر الأجنبي والشركات العملاقة التي تمثل طرفا هاما في هذه العقود لتطبيق القوانين الوطنية، وكذا فرض شروط مجحفة بحقوق الأطراف الضعيفة، حيث يتولى الطرف القوي إملاء شروطه على الطرف الضعيف الذي لا يملك عادة سوى الإذعان وكذا فرض تطبيق القواعد القانونية التي يراها هو والتي تساهم الدول المتقدمة اقتصاديا في صياغتها⁽²⁾.

(02) - عدم الرقابة.

عدم وجود رقابة كافية على أحكام المحكمين، وهذا يؤدي إلى احتمال حدوث بعض الانحرافات التي يصعب اكتشافها وترتيب الجزاء عليها. هذا العيب متواجد في كل السلطات القضائية، وفي كل آليات فض المنازعات بأنواعها المختلفة، وما يحكمه هو تواجد ضمير داخلي حي للمحكم وللقاضي وللموفق كل في عمله. وقد احتوت كل قوانين التحكيم حق رد المحكمين شروط معينة حددتها المادة 1016 قانون الإجراءات المدنية والإدارية بنصها "يجوز رد المحكم في الحالات الآتية:

- عندما لا تتوفر فيه المؤهلات المتفق عليها بين الأطراف،
- عندما يوجد سبب رد منصوص عليه في نظام التحكيم الموافق عليه من قبل الأطراف،
- عندما يتبين من الظروف شبهة مشروعة في استقلاليته، لاسيما بسبب وجود مصلحة أو علاقة اقتصادية أو عائلية مع أحد الأطراف مباشرة أو عن طريق وسيط ... " ⁽³⁾.

(03) - عدم تنفيذ حكم التحكيم.

لا يثير صدور حكم التحكيم وتنفيذه طوعيا من قبل الأطراف المتنازعة أي إشكال، ولكن المشكل يظهر عندما يتقاعس أحد الأطراف بعدم تنفيذ حكم التحكيم، فالطرف الذي كسب الدعوى لا يعنيه كسبها مجرد الكسب، بقدر ما يعنيه الحصول على حقه، أي

⁴ صديق سهام، الطرق البديلة لحل النزاعات الإدارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 83.

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 55.

² محمد السيد عرفة، التحكيم الداخلي في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 39.

بما حكمت به هيئة التحكيم لصالحه، وهذا يعني بالمقابل عودة أطراف النزاع إلى القضاء لوضع الصيغة التنفيذية، والتي تتطلب شروطا لتنفيذه⁽¹⁾.

04- كثرة المصاريف.

يفضل البعض اللجوء إلى القضاء نظرا لرمزية الرسم على عكس التحكيم خاصة المنظم منه الذي يكون عن طريق مراكز التحكيم المستقلة والمتخصصة، فالرسوم و الأتعاب يتم تحديدها وسدادها باتفاق طرفي النزاع وهيئة التحكيم، مع أن هذا العيب تم إنكاره بحجة أن تكاليف القضاء أعلى من التحكيم.

05- مسألة الخبرة.

قد يصطدم أطراف النزاع بعقبة عدم خبرة المحكم، وهذا ما قد يؤدي إلى عدم تحقيق العدالة، فالمحكم قد يصدر حكم عادل بحكم خبرته الفنية بموضوع النزاع، كما قد يصدر حكم من محكم لا تتوفر فيه حنكة ولا يملك القدرة المتوفرة في القاضي بحكم الممارسة، مع أن هذا العيب بدأ يضمحل حيث تشهد الدول تنظيم تدريبات على التحكيم خاصة التحكيم الدولي.

المبحث الثاني

شروط صحة اتفاق التحكيم

اتفاق التحكيم كما سبق وتطرقتنا إليه يعتبر عقدا وبالتالي لا بد من توافر شروط لصحته، وتتنوع هذه الشروط بين الشروط العامة (مطلب أول) وشروط خاصة (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الشروط العامة لاتفاق التحكيم.

يعتبر اتفاق التحكيم عقد كسائر العقود يتطلب لصحته توافر شروط من رضا ومحل وسبب وأهلية.

الفرع الأول: الرضا.

يعتبر التراضي ركنا أساسيا لقيام أي عقد، ويتكون من إرادتين على الأقل، ويكون ذلك بتبادل الإيجاب والقبول وهو ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"، وبالتالي لا بد في الرضا أن يتوفر على وجود إرادة وتطابق الإرادتين، ويجب عدم الخلط بين وجود الرضا بالتحكيم، حيث أن تخلفه يؤدي إلى وقوع اتفاق التحكيم باطلا وبين صحة الرضا بالتحكيم حيث أن فساده يؤدي إلى القابلية للإبطال⁽²⁾، فلا بد من وجود إرادة صحيحة لدى كل طرفي العقد واتجاه هذه الأخيرة إلى اختيار التحكيم كطريق لتسوية المنازعة بدلا عن القضاء العادي، بل ويجب أن تنصرف هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، لذلك يجب أن يتم تحديد نظام التحكيم بالذكر عند الاتفاق عليه بين الأطراف المحتكمة، ولا يكفي توفر الإرادة في اتفاق التحكيم بل يجب أن تقترن بتطابق الإيجاب بالقبول دون زيادة أو نقصان وذلك بأن يصل القبول إلى علم الموجب، ولا تثير مسألة تلاقي الإرادتين أو اقتراحهما أي صعوبة في حال التعاقد بين الحاضرين سواء حضر أصالة أو وكالة، كون تلاقي الإرادتين تنتهي بتحرير اتفاق تحكيم في زمان ومكان معينين، وإنما تطرح مسألة الصعوبة لما يتم ذلك بين غائبين بالمراسلة أو بإحدى وسائل الاتصال الحديثة التي تقرها التشريعات الوطنية⁽³⁾، والأصل أن يكون صاحب الإيجاب غير ملزم بالبقاء على إيجابه، فله أن يرجع فيه مادام لم يقبله الموجه إليه، لكنه إذا حدد مدة معينة للقبول فلا يمكن له الرجوع طول هذه المدة⁽⁴⁾.

³ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 56.

¹ محمود السيد عمر التحيوي، التحكيم في المواد المدنية والتجارية، مرجع سابق، ص 72.

² عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 206.

³ علاء محي الدين مصطفى أبو احمد، مرجع سابق، ص 268.

الفرع الثاني: المحل والسبب

يعتبر اتفاق التحكيم عقد من العقود العادية فلا بد له من محل، ويعتبر هذا الأخير ركنا أساسيا من أركانه لا ينعقد بدونه، فمحل اتفاق التحكيم يقصد به أن يخضع الأطراف للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع يتعلق برابطة من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم، إذن فمحل اتفاق التحكيم هو النزاع أو الخلاف الذي نشأ أو يمكن أن ينشأ بين الأطراف⁽¹⁾.

ومحل اتفاق التحكيم يجب أن يكون معيناً ومحدداً⁽²⁾ ومشروعا⁽³⁾، فالمحل وفقا لما تم ذكره يتضمن معنى مزدوج موضوعيا وشخصيا، موضوعيا وهو المنازعات المراد عرضها على التحكيم، وشخصيا هو أن المحكم الذي عرض عليه النزاع وذلك لأن مسألة تعيين المحكم قابلة للتعيين وهي ركن أساسي من أركان وشروط صحة اتفاق التحكيم⁽⁴⁾.

إن المشرع الجزائري في المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية قد وضع قاعدة عامة أنه يجوز للأشخاص اللجوء للتحكيم في جميع المنازعات التي تتعلق بالحقوق التي له مطلق الحرية في التصرف فيها⁽⁵⁾، فهذا المحل بطبيعة الحال لا بد أن يكون حقا ماليا سواء كان له طابع مدني أو تجاري أو إداري أهم شيء أن الأمر يدور حول علاقة قانونية تنشأ من واقعة بسيطة مثل عقد معين أو واقعة مركبة من عدة عقود متكاملة.

ومن الضروري أن يكون أيضا محل التحكيم معين سواء كان النزاع قائما أو نزاعا محتملا وهو ما نصت عليه المادة 1040 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية في فقرتها الأولى بما يلي "تسري اتفاقية التحكيم على النزاعات القائمة والمستقبلية..."، وعليه يجب تحديد المسائل المتنازع عليها في اتفاق التحكيم أو بالإحالة إلى تحديد وارد في العقد أو عمل قانوني آخر سابق عليها، ويجوز التحديد بأية عبارة نافية للجهالة بشرط تحديد محل النزاع⁽⁶⁾.

إن المشرع لم يترك محل اتفاق التحكيم مطلقا بل قيده، حيث أورد في الفقرة الثانية من المادة 1006 استثناء، بمعنى آخر لا يمكن اللجوء إلى التحكيم بالنسبة للمسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم، ويشمل هذا المنع الأشخاص المعنوية باستثناء علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في مجال الصفقات العمومية، والتي سنشرحها بنوع من التبسيط.

أولا: عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العام.

لم يعرف المشرع الجزائري فكرة النظام العام بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء، وقد نجد بعض النصوص التي ورد فيها النظام العام ومنها القانون المدني في المادة 93 بنصها على أنه: "إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"، والمادة 97 من نفس القانون على أن: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام وللآداب العامة كان العقد باطلا"، فهدف المشرع من منع التحكيم بخصوص النظام العام هو المحافظة على التوازن داخل المجتمع وفرض مشروعية القاعدة القانونية وحمل الأفراد على احترامها، بل وظيفة النظام العام لا تقتصر على القانون الداخلي فحسب بل تتعدى ذلك إلى القانون الدولي الخاص، حيث تقف فكرة النظام العام متصدية للقانون الأجنبي عند التطبيق في الجزائر، وهذا ما نصت عليه المادة 24 من القانون

⁴ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 126.

⁵ المادة 93 و94 من الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني، جريدة رسمية عدد 78 لسنة 1975 المعدل والمتمم.

⁶ المادة 97 و98 من الأمر رقم 58/75 السالف الذكر.

⁷ سمير جاويد، التحكيم كآلية لفض المنازعات، دائرة القضاة، أبو ضبي، الطبعة الأولى، 2014، ص 52.

⁸ المادة 1006 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

⁹ فتحي والي، مرجع سابق، ص 134.

المدني" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة في الجزائر أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون، يطبق القانون الجزائري محل القانون الأجنبي المخالف للنظام العام أو الآداب العامة".

ثانيا: عدم جواز التحكيم في المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

الحالة هي المركز القانوني الذي يحدد وضع الفرد بالنسبة للدولة والمجتمع، فلا يجوز التحكيم في مسائل الجنسية كالإقرار بها أو نفيها أو كونها لإنسان ذكر أو أنثى أو كونه حيا أو ميتا، ولا يجوز التحكيم في حق المواطن الانتخابي أو حقه في الترشيح في الانتخابات من عدمه، فكل هذه المسائل مستبعدة تماما من نطاق التحكيم، أما الحقوق المالية المتعلقة بالحالة الشخصية جاز التحكيم فيها كصدور قرار إداري بشأن الجنسية مخالف للقانون فيجوز التحكيم في مسألة التعويض⁽¹⁾، وقد نصت المادة 47 من القانون المدني على ما يلي " لكل من وقع عليه اعتداء غير مشروع في حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف هذا الاعتداء والتعويض عما يكون قد لحقه من ضرر"، كما لا يجوز التحكيم في مسألة الأهلية وهو ما جاءت به المادة 46 من القانون المدني " ليس لأحد التنازل عن أهليته ولا لتغيير أحكامها" وحالة الأشخاص تتعلق بأمور الزواج، الطلاق، النسب ...، أما السبب وهو الدافع لإبرام اتفاق التحكيم ويجب أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة ومفاده استبعاد طرح النزاع على القضاء.

الفرع الثالث: الأهلية.

كان المشرع واضح من خلال النص على انه يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ومصطلح الشخص ينطبق على الشخص الطبيعي والشخص المعنوي طالما المشرع لم يحدد فقد أطلق الأمر على مصرعيه، والأهلية المطلوبة هنا لصحة الاتفاق على التحكيم هي أهلية التصرف بالنسبة للحق المتفق على التحكيم بصده وليست أهلية الاختصاص، فلا يمكن أن يكون طرفا في اتفاق التحكيم الشخص الذي لا يكون له التصرف في الحقوق التي يشملها اتفاق التحكيم حتى لو كانت لديه أهلية الاختصاص، ذلك أن الاتفاق على التحكيم يعني التنازل عن رفع النزاع إلى قضاء الدولة، فلا يجوز لعديم الأهلية أو ناقصها ما لم يكن مأذونا له بالإدارة أو الحارس القضائي على المال المتنازع عليه إبرام عقد تحكيم، ولا للوصي على القاصر إلا بعد الحصول على إذن من القضاء، ولا من أشهر إفلاسه، فيجوز للولي أن يبرم اتفاق تحكيم بشأن أموال القاصر⁽²⁾، ونفس الأمر بالنسبة للأشخاص المعنوية العامة نجد المشرع في نص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية السالفة الذكر قد حظر عليها اللجوء إلى التحكيم باستثناء علاقاتها الاقتصادية الدولية أو في إطار الصفقات العمومية، وهو ما أكدته المادة 975 بنصها " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكما إلا في الحالات الواردة في الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية"، فأشخاص القانون العام تتمثل في الدولة والولاية والبلدية والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية، وبالتالي عندما يتعلق التحكيم بالدولة يبادر بذلك الوزير المعني أو الوزراء المعنيين، أما الولاية أو البلدية أو المؤسسات العمومية ذات الصبغة الإدارية تتم المبادرة على التوالي من الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية⁽³⁾.

المطلب الثاني: الشروط الخاصة لاتفاق التحكيم.

إضافة إلى توافر الشروط العامة لاتفاق التحكيم لا بد من شروط أخرى نص عليها المشرع، وتتمثل في كتابة اتفاق التحكيم وتعيين المحكمين وتحديد موضوع النزاع.

الفرع الأول: الكتابة.

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق، ص 139.

² فتحي والي، مرجع سابق، ص 110.

¹ المادة 976 من قانون رقم 09/08 السالف الذكر.

تختلف الأنظمة القانونية الوضعية حول مسألة الكتابة التي يتطلبها اتفاق التحكيم هل هي وسيلة إثبات أم شرط لصحة اتفاق التحكيم، فكان المشرع الجزائري واضحا حول هذه المسألة في نص المادة 1012 " يحصل الاتفاق على التحكيم كتابيا ..."، وبالتالي فهو شرط لصحة اتفاق التحكيم وليس مجرد وسيلة لإثباته، غير أن المشرع لم يبين لنا شكل الكتابة التي يجب أن يفرغ فيها التحكيم إذا كانت كتابة رسمية أو عرفية، مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو كتابة رقمية الكترونية، واقتضاء الكتابة لا يعتبر لازم فقط لصحة اتفاق التحكيم وإنما أيضا لصحة أي تعديل لاحق لأي بند في الاتفاق⁽¹⁾. ويترب على عدم توفر الكتابة في العقد الأصلي أو في وثيقة مرفقة أو ملحقة يشير إليها العقد الأصلي البطلان، وهذا البطلان يخص اتفاق التحكيم ولا ينصرف إلى العقد أو العلاقة القانونية القائمة بين الخصوم أو الأطراف⁽²⁾.

الفرع الثاني: تعيين المحكمين.

إن تحديد الهيئة التي تتولى التحكيم يعتبر من الأموال البالغة الأهمية، والمحكم هو من يعهد إليه بمهمة الفصل في النزاع، وهو قد يكون شخصا واحد أو مجموعة وهو ما نصت عليه المادة 1012 في فقرتها الثانية "... يجب أن تتضمن اتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان، موضوع النزاع وأسماء المحكمين، أو كيفية تعيينهم ..."، كما نصت المادة 1017 من نفس القانون "تشكل محكمة التحكيم من محكم أو عدة محكمين بعدد فردي"⁽³⁾.

لم يضع المشرع حد أقصى للمحكمين فقط اشترط أن يكون بعدد فردي عندما تكون أمام تشكيلة جماعية لأن الهدف من ذلك هو صدور أحكام التحكيم بالأغلبية وبالتالي لا بد أن يكون العدد فردي، ولا بد أن يتضمن الاتفاق ذكر أسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم، وقد تستند مهمة التحكيم لشخص طبيعي ففي هذه الحالة بالإضافة إلى قبوله لمهمة التحكيم⁽⁴⁾ لا بد أن يكون متمتعاً بالحقوق المدنية التي يقرها الدستور والقوانين للشخص سواء كانت حقوق مدنية عامة لصيقة بشخصية الفرد وتمتع بها بمجرد ميلاده، أو حقوق خاصة ليست لصيقة بشخصية الإنسان وإنما يكتسبها في مرحلة محددة. أما إذا أسندت مهمة التحكيم لشخص معنوي لا بد أن يقوم بتعيين عضو أو أكثر من أعضائه بصفة محكم، كون الشخص المعنوي لا يمكنه القيام بمهمة التحكيم⁽⁵⁾.

الفرع الثالث: تحديد موضوع النزاع.

إضافة إلى وجود المنازعة وتحديدها ومشروعيتها يشترط المشرع أيضا تحديد موضوع النزاع المراد عرضه على التحكيم في اتفاق التحكيم وهذا ما نصت الفقرة الثانية من المادة 1012، ويقصد بتحديد موضوع النزاع تحديد مجموع الإدعاءات المتبادلة التي يدعيها الخصوم، والإدعاء هو محل طلب الخصوم ويجب أن يكون واضح وقد رتب المشرع على عدم تحديد موضوع النزاع بطلان اتفاق التحكيم. ترجع الحكمة في تحديد موضوع النزاع في اتفاق التحكيم إلى ما يلي:

- الرغبة في أن لا يتنازل الأطراف عن ولاية القضاء العام في الدولة واللجوء إلى التحكيم.
- عدم إثارة منازعة أو منازعات فرعية بين الخصوم حول ما عهد به إلى التحكيم، لأنه لا بد أن يكون في الحدود التي رسمت له بدقة من الأطراف وإلا يتعدها بالدخول في نزاعات فرعية، تكون بعيدة أو قريبة من موضوع النزاع، وإلا وجد الأطراف أنفسهم أمام القضاء لحل منازعاتهم المتعلقة بموضوع التحكيم.

² فتحي والي، مرجع سابق، ص 136.

³ بوضياف عادل، مرجع سابق، ص 382.

⁴ المادة 1017 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

⁵ تنص المادة 1015 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر على أن: " لا يعد تشكيل محكمة التحكيم صحيحا، إلا إذا قبل المحكم أو المحكمين بالمهمة المسندة إليهم ..."

⁶ المادة 1014 من القانون رقم 09/08 السالف الذكر.

- يؤدي تحديد المسائل محل النزاع إلى إمكانية تحديد ولاية المحكمين وسلطاتهم بدقة، فتكون لهم ولاية التحكيم في المسائل المحددة بالاتفاق دون غيرها، فإذا خرجوا عنها كان حكمهم باطلا⁽¹⁾.

خاتمة:

يعتبر اتفاق التحكيم عقد من العقود الملزمة للجانبين، كما تلعب إرادة الأطراف دور مهم في تكوينه، وقد خص المشرع اتفاق التحكيم بضمانات وهي ضرورة كتابتها وتحديد موضوع النزاع وتبيان أسماء المحكمين أو طريقة تعيينهم، وهذا ليس لمجرد الإثبات وإنما جعل ذلك شرط لصحة اتفاق التحكيم ورتب على عدم توفره البطلان. وعليه يمكن أن نوصي بما يلي:

- إدراج التحكيم كمادة أساسية في كليات الحقوق،
- الترويج للتحكيم كطريق فعال في فض النزاعات،
- حثنا لو أن المشرع يحدد شكل الكتابة المقصودة في اتفاق التحكيم إذا كانت كتابة رسمية أم عرفية مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو كتابة رقمية.
- تعديل بعض مواد التحكيم لاستبعاد اللبس والحد من التفسير وكثرة التأويلات،
- الدقة والوضوح في صياغة عقود اتفاق التحكيم من أجل تفادي مسائل التفسير واللبس الوارد،
- تبادل الخبرات التحكيمية بين الدول عن طريق ملتقيات.

¹ عبد الباسط محمد عبد الواسع الضراسي، مرجع سابق ص 154.

مبدأ الاختصاص بالاختصاص في التحكيم في المنازعات البحرية؛

دراسة في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري وفقه وقضاء التحكيم البحري

**The principle of Compétence-Compétence of the arbitration in maritime disputes ;
Study in light of the Algerian Civil and Administrative Procedures law, Jurisprudence
and maritime Arbitration.**

د. بلعافي يومدين، دكتوراه في القانون الخاص،

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/23 / تاريخ المراجعة: 2018/11/25

ملخص:

ينشئ اتفاق التحكيم بشأن المنازعات البحرية، كأني اتفاق تحكيم آخر، التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفيه، بعدم اللجوء بصفة منفردة إلى القضاء للفصل في النزاع، مع التزام قضاء الدولة بعدم الاختصاص بنظر هذا النزاع، متى أثير أمامه الدفع بوجود اتفاق التحكيم. وعلى هذا يظل حق هيئة التحكيم قائماً في تقريرها باختصاصها أو عدم اختصاصها في الفصل في النزاع المعروض عليها، وذلك دون تعطيل بسبب لجوء أحد الطرفين لمحاكم الدولة، للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم، بسبب بطلان اتفاق التحكيم أو عدم وجوده أصلاً.

الكلمات المفتاحية:

المنازعة البحرية، اتفاق التحكيم، الأثر السلبى، مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

Abstract:

The arbitration agreement on maritime disputes shall be established, like any other arbitration agreement, A mutual negative obligation on both sides, Not to resort individually to the judiciary to adjudicate the dispute, With the obligation of the State's jurisdiction not to be competent in the consideration of this dispute, When it is brought before it to pay for the existence of the arbitration agreement, Thus, the arbitral tribunal's right to determine its jurisdiction or lack of competence in adjudicating the dispute before it remains, Without prejudice to the fact that one of the parties resorted to the courts of the State, to consider the jurisdiction of the arbitral tribunal, Because of the invalidity or non-existence of the arbitration agreement.

Keywords:

maritime dispute, the arbitration agreement, the negative impact, Compétence-Compétence.

مقدمة:

يعد مبدأ فصل المحكم في مسألة اختصاصه، أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص *Compétence a Compétence*¹ من أهم المبادئ الحديثة التي استقر عليها فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي²، وكذلك وفقاً لما استقرت عليه التشريعات الدولية والوطنية³، حيث يتعين على هيئة التحكيم وقبل نظر النزاع أن تحدد مهمتها واختصاصها، من حيث وجود هذا الاختصاص وصحته ونطاقه من حيث الأشخاص أو من حيث الموضوع، وذلك بناء على وثائق ومستندات الدعوى التحكيمية التي يقدمها الأطراف. ولا تختلف أهمية تطبيق هذا المبدأ في مجال التحكيم بصورة عامة، عنه في مجال التحكيم في عقود التجارة البحرية، حيث أنه متى تم التأكد من وجود وصحة ونطاق اختصاص هيئة التحكيم البحري، المعروض أمامها النزاع الناشئ عن عقد من عقود التجارة البحرية، تباشر هيئة التحكيم البحري نظر النزاع وتستمر إجراءاته إلى حين صدور حكم التحكيم. لكن إذا لم يتم هذا التأكد، فنكون حينئذ أمام عقبة تهدد اختصاص هيئة التحكيم البحري، تظهر في الفرض الذي يلجأ فيه أحد الخصوم في المنازعة البحرية إلى القضاء، على الرغم من وجود اتفاق على التحكيم.

هذا السبب كخطر يهدد اختصاص هيئة التحكيم البحري، يدعو إلى التساؤل حول مدى جواز فصل هيئة التحكيم البحري في اختصاصها وولايتها، بنظر المنازعات الناشئة عن العلاقات ذات الطبيعة البحرية المعروضة أمامها، أم أن هذا الاختصاص يؤول إلى قضاء الدولة؟.

إجابة على ذلك، سوف نعرض لبيان مفهوم مبدأ الأثر السلبى أو المانع لاتفاق التحكيم (المبحث الأول)، وكتيجة لهذا الأثر المانع لاتفاق التحكيم، سنحاول مناقشة مبدأ الاختصاص بالاختصاص، مع توضيح التطبيق العملي لهذا المبدأ في مجال التحكيم في المنازعات البحرية، ورصد موقف التشريع والقضاء الجزائري منه. (المبحث الثاني والثالث).

المبحث الأول

الأثر السلبى أو المانع لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية

¹ يرجع بخصوص هذا المبدأ بصورة عامة إلى:

Pierre. MAYER, « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », Rec. des cours, T. 2, Vol. 5, 1989.

2 V. Par Ex, Sentence CAMP, N°803, du 10 Mai 1991, D.M.F, 1991, P. 625.

Sentence CAMP, N° 589, du 1er octobre 1985, DMF, 1986, P. 377.

Sentence CAMP, N° 647, du 13 Mars 1987 (Second degré), DMF, 1987, P. 463.

³ من الاتفاقيات الدولية التي نصت على هذا المبدأ، المادة 5 من الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لسنة 1961، والمادة 16 من القانون النموذجي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي لسنة 1985، والمادة 41 من اتفاقية واشنطن الخاصة بتسوية منازعات الاستثمار بين الدول ورعايا الدول الأخرى لعام 1965.

ومن التشريعات الوطنية التي قننت ذات المبدأ، المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، والمادة 22 من قانون التحكيم لمصر، والمادة 1466 من قانون المرافعات الفرنسي المجدد بشأن التحكيم، والمادة 30 من قانون التحكيم الإنجليزي لعام 1996.

ولم تغل لوائح التحكيم البحري من ذات المبدأ المذكور، حيث يظهر ذلك في نص المادة 10 من لائحة تحكيم غرفة التحكيم البحري ببريس، والمادة 5 من لائحة تحكيم المنظمة الدولية للتحكيم البحري، ولائحة تحكيم اليونسكو لعام 1976، في حين لم ترد أية إشارة لهذا المبدأ في لوائح كل من جمعية المحكمين البحرين بلندن، وجمعية المحكمين البحرين بنويويورك.

لقد استقر غالبية الفقه¹ على أن اتفاق التحكيم يترتب عنه إثبات هامان: أثر إيجابي هو حق كل من طرفيه في اللجوء إلى التحكيم، والذي يفرض عليهما في نفس الوقت تنفيذ تعهداتهما بشأن هذا الاتفاق المبرم بينهما، وأثر سلبي هو التزام كل من طرفيه بعدم اللجوء إلى قضاء الدولة لنظر المنازعة محل التحكيم²، وسنقتصر على هذا الأثر الأخير كسبب مباشر للموضوع محل الدراسة، والمتمثل في مبدأ الاختصاص بالاختصاص. فنحاول بيان مفهوم الأثر السلبي أو المانع لاتفاق التحكيم في مجال المنازعات البحرية (المطلب الأول)، ثم نستعرض طبيعة الدفع باتفاق التحكيم كإجراء يمكن مباشرته في حالة عدم احترام أحد الخصوم لهذا الأثر السلبي (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية.

يقضي الاتفاق على التحكيم التزاماً سلبياً بمنع الأطراف من التجاؤب إلى القضاء الوطني، للمطالبة بالفصل في المنازعة محل اتفاق التحكيم، وهو ما يعرف بالأثر السلبي أو الأثر المانع لاتفاق التحكيم. وفيما يلي نستعرض مضمون هذا الأثر وشروطه والاستثناءات الواردة عليه، ثم نبين موقف التشريع والقضاء منه:

الفرع الأول: تعريف الأثر السلبي لاتفاق التحكيم وبيان شروط إعماله في المنازعات البحرية.

أولاً: تعريف الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية.

ينشئ اتفاق التحكيم بشأن المنازعات البحرية، كأي اتفاق تحكيم آخر، التزاماً سلبياً متبادلاً على عاتق كل من طرفيه³، بعدم اللجوء إلى القضاء للفصل في هذا النزاع المحكم فيه⁴، فلا يجوز لأي من أطرافه اللجوء للقضاء بصفة منفردة، ما لم يتنازل الطرف الآخر صراحة أو ضمناً عن اتفاق التحكيم، مع التزام قضاء الدولة بعدم الاختصاص بنظر النزاع، إذا دفع الخصم الآخر في الاتفاق بوجود اتفاق التحكيم قبل التطرق إلى الموضوع⁵.

ولا يقتصر الأثر السلبي على مجرد امتناع الأطراف عن اللجوء إلى القضاء، بل يمتد هذا الأثر إلى الامتناع عن الطعن فيه بطرق الطعن التي قررها القانون، تكريساً لمبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم كأي اتفاق آخر طبقاً للقواعد العامة، ومن ثم لا يجوز تعديله أو إلغاؤه بالإرادة المنفردة لأحد أطرافه⁶، متى كان اتفاق التحكيم صحيحاً وناظراً، ورفعت الدعوى بخصوص المنازعة البحرية محل الاتفاق أمام قضاء الدولة، كان للمدعى عليه أن يدفعها بوجود اتفاق التحكيم، ويكون له التمسك بهذا الدفع ولو كانت إجراءات التحكيم لازالت جارية، وسواء كانت الدعوى التحكيمية قد رفعت قبل رفع الدعوى أمام القضاء أو بعدها⁷، بل وحتى أثناء سريان الخصومة أمامها، وهو ما نصت عليه المادة 1013 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقوله: "يجوز للأطراف الاتفاق على التحكيم حتى أثناء سريان الخصومة أمام الجهة القضائية".

ثانياً: شروط إعمال الأثر السلبي لاتفاق التحكيم في المنازعات البحرية.

يقضي إعمال قاعدة الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بصورة عامة، وجود شرطان أساسيان، الأول، تمسك المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، والثاني، ألا يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق:

الشرط الأول: تمسك المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم.

تكاد تنفك التشريعات المتعلقة بالتحكيم وعلى غرارها التشريع الجزائري كما سيأتي، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم يجب إيداعه من طرف المدعى عليه أمام القضاء، وذلك قبل الكلام في الموضوع⁸، وتفسير ذلك أن التجاؤب المدعي الطرف في اتفاق التحكيم البحري إلى القضاء، يعني تخليه عن هذا الاتفاق ورغبته في العودة للقضاء المختص، فإذا حضر الطرف الآخر المدعى عليه

¹ د فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007، ص 177. د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، التحكيم في العلاقات الخاصة الدولية والداخلية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1998، ص 508. د حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص 213. د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 15.

² يجري بعض الفقه المعاصر إلى تقسيم هذه الآثار إلى آثار موضوعية وأخرى إجرائية، نذكر على سبيل المثال: د ناريان عبد القادر، اتفاق التحكيم وفقاً لقانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية رقم 27 لسنة 1994، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص 279. د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية المدنية والتجارية والإدارية والجزمكية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 243، د فايز رضوان، اتفاق التحكيم وفقاً للقانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي، بحث منشور بمجلة الأمن والقانون، العدد الأول، جانفي 2008، ص 31.

وقد تعقب البعض التمييز السابق واعتبره محل نظر، إذا أن الأثر الإجرائي لا يترتب إلا بصدد خصومة قضائية أو خصومة تحكيم، أما اتفاق التحكيم في ذاته فهو ليس إلا عملاً مدنياً يخضع لما تخضع له الأعمال المدنية من أحكام، ولا يترتب على وجوده أي أثر إجرائي، ومن ثم فإن كل ما يترتب عليه هي آثار موضوعية إيجابية وأخرى سلبية. أنظر بشأن هذا التعقيب، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 27 هامش 30، ونفس المؤلف، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 49-50.

³ يعبر جمهور الفقه عن الأثر السلبي لاتفاق التحكيم بتعبيرات مختلفة، فيعبر عنه البعض بأنه الأثر الذي يترتب عليه إقصاء القضاء عن الفصل في النزاع، والبعض الآخر بأنه الأثر السالب أو المانع لولاية القضاء بنظر النزاع، والبعض بحجب اختصاص القضاء مؤقتاً عن نظر النزاع، والبعض بعدم اختصاص القضاء بنظر النزاع موضوع اتفاق التحكيم، وقد تعقب جانب آخر هذه التعبيرات، إذ يرى أن اتفاق التحكيم لا يسلب في الواقع ولاية نظر النزاع من القضاء، ولا يترتب عليه اختصاص هيئة التحكيم وحدها بنظر النزاع، إذ يظل القضاء هو صاحب الولاية العامة بنظر النزاع، ويكون اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع إلى جانب اختصاص هذا القضاء، ومن ناحية أخرى لا يترتب على اتفاق التحكيم امتناع المحاكم من نظر النزاع، لأن المحاكم ليست طرفاً في اتفاق التحكيم، إذ أن القانون أعطى المحكمة أولوية الفصل في الطلبات العارضة والتي من بينها الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وأثرها بالمحكى بعدم القبول أو الاختصاص بنظر النزاع أو الحكم بوجود اتفاق التحكيم أو بصحته، ولا يتضمن هذا الاتفاق على منع نظر المحاكم للنزاع أو عدم الاختصاص بذلك. أنظر تحليل مفصل لهذه المفاهيم عند، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 207 وما تلاها، مع ما أشار إليه من المراجع للمنظمة للتعريفات الفقهية السابقة.

⁴ د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، الجزء الأول، دار الفكر العربي، 1990، ص 247، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 509.

⁵ Pierre JULLIEN, Natali FRICERO, Droit Judiciaire Privé, L.G.D.L., éd, 2001, P. 413. Aussi, Bernard FILLION et Ph LEBLOULANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Rev. Arb, 1994, P. 672.

⁶ د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 216.

⁷ د فتحي والي، المرجع السابق، ص 181.

⁸ مشار إليه عند، د سراج حسين محمود أبو زيد، التحكيم في عقود البيوتل، بدون ناشر، 1998، ص 389.

وساير خصمه، وبدأ في تقديم طلباته والرد على خصمه ومناقشته لموضوع النزاع، فهذا يعني أنه أيضاً قد قبل ضمناً تخليه عن اتفاق التحكيم، وفي هذه الحالة يتعين على القاضي أن يتصدى لموضوع النزاع، أما إذا أبدى المدعى عليه تمسكه باتفاق التحكيم، فإن القاضي في هذه الحالة يكون غير مختص¹ عملاً بمقتضيات المادة 1045 من ق.إ.م.أ. الجزائري التي جاء فيها: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

هذا ولا يشترط لإعمال الدفع المذكور أن تكون الإجراءات التحكيمية قد بدأت بالفعل، وهو الرأي الذي عليه غالبية الفقه²، والذي تدعمه القاعدة الموضوعية التي أوردتها اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في هذا الخصوص³، حيث نصت المادة 3/2 منها بأنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم، وذلك ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق"⁴.

الشرط الثاني: ألا يكون اتفاق التحكيم باطلاً أو غير قابل للتطبيق.

هذا الشرط يبدو واضحاً من خلال الشرط الأخير من اتفاقية نيويورك المشار إليها قبل قليل، وقد أخذ به جانب من الفقه، إذ يقرر أنه حتى تقضي المحكمة بعدم اختصاصها بنظر النزاع، يشترط أن يكون اتفاق التحكيم الذي يدفع به صاحب المصلحة قد ورد صحيحاً، ونصت على ذات الشرط المادة 1/8 من القانون النموذجي للتحكيم الدولي، حيث ألزمت المحكمة بعدم إحالة النزاع إلى هيئة التحكيم إذا كان اتفاق التحكيم باطلاً أو لاغياً أو عديم الأثر أو لا يمكن تنفيذه.

ثالثاً: الاستثناءات الواردة على مبدأ الأثر السلي لاتفاق التحكيم.

عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات محل اتفاق التحكيم، أورد عليه المشرع الجزائري جملة من الاستثناءات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، تكون بموجبها المحكمة مختصة في نظر النزاع رغم وجود اتفاق تحكيم بشأنه، ومن ثم يتدخل القضاء الوطني من خلالها في العملية التحكيمية، وهذا التدخل قد يكون قبل صدور حكم التحكيم، وهو ما يعبر عنه بالرقابة القضائية السابقة على حكم التحكيم، كما في حالة تنازل الأطراف عن التمسك باتفاق التحكيم والدفع باختصاص القضاء الوطني (المادة 1044 من ق.إ.م.أ.)، وفي حالة إدعاء أحد الأطراف أمام القضاء الوطني قبل اللجوء إلى التحكيم، منازعاً صحة اتفاق التحكيم مثلاً أو صحة اختصاص المحكمين، وفي حالة الأمر باتخاذ تدابير مؤقتة أو تحفظية (المادة 1046 من ق.إ.م.أ.)، وأيضاً ما يتعلق بتقديم الأدلة (المادة 1048 من ق.إ.م.أ.)، كما قد يكون التدخل بعد صدور حكم التحكيم، أو ما يعبر عنه بالرقابة القضائية اللاحقة على حكم التحكيم، حيث يملك الأطراف حق اللجوء إلى القضاء الوطني، لممارسة حقهم في الطعن على حكم التحكيم (المواد 1055 وما يليها من ق.إ.م.أ.).

الفرع الثاني: موقف التشريعات الدولية والوطنية وأحكام القضاء من الأثر السلي لاتفاق التحكيم.

إن المفهوم المتقدم للأثر السلي لاتفاق التحكيم، تناولته معظم الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية، وكرسته أيضاً أحكام قضاء الكثير من الدول: ففي ضوء المعاهدات الدولية، يعتبر بروتوكول جنيف الموقع عام 1923، أول من نص على مبدأ عدم اختصاص المحاكم الوطنية بنظر المنازعات المتفق بشأنها على التحكيم، وذلك من خلال نص المادة 1/4، ثم تلته اتفاقية نيويورك لسنة 1958⁵، حيث نصت المادة 3/2 منها بأنه: "على محكمة الدولة المتعاقدة التي يطرح أمامها نزاع حول موضوع كان محل اتفاق من الأطراف، بالمعنى الوارد في هذه المادة، أن تحيل الخصوم بناء على طلب أحدهم إلى التحكيم ...".

وكذلك تطرقت لذات الأثر الاتفاقية الأوروبية للتحكيم التجاري الدولي لعام 1961 في مادتها السادسة، مقررته أنه إذا رفع أحد أطراف اتفاق التحكيم الدعوى أمام القضاء العادي، ثم دفع المدعى عليه أمامها بعدم الاختصاص استناداً إلى وجود اتفاق تحكيم، فإن هذا الدفع يجب أن يقدم قبل البدء في المرافعة حول الموضوع. وتقديراً لأي تنازع بين القضاء والتحكيم، فقد ألزمت الفقرة الثالثة من نفس المادة المحكمة بأن تأمر بوقف الفصل في طلب المدعى عليه إلى حين صدور حكم التحكيم، على أن وجود اتفاق التحكيم لا يحول دون التقدم للجهات القضائية المختصة بطلب إجراء وفتي أو تحفظي، وهو ما قرره الفقرة الرابعة من المادة المذكورة، وبالتالي لا يعتبر إجراء هذا الطلب نزولاً ضمناً من الخصم الذي قدمه عن التحكيم⁶.

وهذا الأثر السلي لاتفاق التحكيم كرسه أيضاً العديد من أحكام القضاء، نذكر مثلاً واحداً قرر فيه القاضي Sheen، في الدعوى المنظورة أمام المحكمة البحرية البريطانية "theworld star" سنة 1986 أنه: "لما ثبت أن اتفاق التحكيم محل الدعوى المنظورة ليس اتفاق تحكيم محلي، فإنه كان على المحكمة أن تأمر بوقف الدعوى تطبيقاً للمادة الأولى/1 من قانون التحكيم (الإنجليزي) لسنة 1975، فإنه ليس من حقها أن تفرض شروطاً لإصدار هذا الأمر"⁷.

أما عن التشريعات الوطنية، فتعترف الغالبية العظمى منها بتنظيم الأثر المذكور، فقد قرر قانون التحكيم المصري لسنة 1994 في المادة 13: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع بوجود بشأنه اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعى عليه بذلك قبل إيداعه أي طلب أو دفاع في الدعوى.

¹ د محمود مختار بريوي، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص 63.

² أشار إليه، د عاطف محمد الفقي، النقل البحري للبضائع (في ظل قانون التجارة البحرية رقم 08 لسنة 1990 واتفاقية الأمم المتحدة لنقل البضائع بالبحر لعام 1978-تواضع هامبورج-)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 255.

³ د سامية الراشد، التحكيم في العلاقات الدولية الخاصة، الجزء الأول، اتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 1984، ص 442.

⁴ اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الاعتراف بأحكام المحكمين وتنفيذها الموقع عليها في نيويورك بتاريخ 1958/06/10، المصادق عليها من طرف الجزائر بموجب المرسوم رقم 88/ 233، المؤرخ في 1988/11/05.

⁵ د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كآسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص 156.

⁶ المرجع نفسه، ص 154 وما بعدها.

⁷ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية (دراسة مقارنة للتحكيم البحري في لندن ونيويورك وباريس مع شرح أحكام قانون التحكيم المصري في المواد المدنية والتجارية)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007، ص 225-226.

⁸ د عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 225-226.

ولا يحول رفع الدعوى المشار إليها في الفقرة السابقة، دون البدء في إجراءات التحكيم أو الاستمرار فيها أو إصدار حكم التحكيم". أما قانون المرافعات الفرنسي طبقاً للتعديل الجديد¹، وإن كان قد قرر الأثر السلبى لاتفاق التحكيم بموجب المادة 1458 بشأن التحكيم الداخلي، غير أن الملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يورده في الباب الخامس من نفس القانون بشأن التحكيم الدولي، لكن المادة 1495 من هذا القانون نصت على تطبيق أحكام الباب الأول منه على التحكيم الدولي، وهو أحد الأبواب الواردة بشأن التحكيم الداخلي، وبالتالي يزول إشكال سريان الأثر السلبى على المجالين الداخلى والدولى، ما لم يوجد اتفاق بين طرفي التحكيم يقضي بعكس ذلك²، وما يؤكد زوال هذا الإشكال ما يذهب إليه البعض، من أن الأثر المذكور يعتبر مبدأً أساسياً من مبادئ القانون الفرنسي، يجد أساسه في الاتفاقيات الدولية السابقة والتي صادقت عليها فرنسا³، وهو ما استقر عليه القضاء الفرنسي أيضاً⁴.

وعلى عكس الوضع في فرنسا، اقتصر قانون التحكيم الإنجليزي لسنة 1975 على تكريس الأثر المذكور في مجال التحكيم الدولي فقط، ولم يرد له ذكر في مجال التحكيم الداخلى، الأمر الذي جعل المحاكم الإنجليزية تستند إلى سلطتها التقديرية في إعمال مبدأ الأثر السلبى في مجال التحكيم الداخلى⁵. أما عن الوضع في الجزائر، فقد قرر المشرع الجزائري قاعدة الأثر السلبى السابق في نص المادة 1045 من ق.إ.م.إ. بقوله: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم، على أن تثار من أحد الأطراف".

فالمشرع الجزائري من خلال هذه المادة يكون قد سلك نهج التشريعات السابق ذكرها، وفي مقدمتها اتفاقية نيويورك التي صادق عليها، ولم يخرج القضاء الجزائري عن ذات المسلك، حيث كرست المحكمة العليا مبدأ الأثر السلبى لاتفاق التحكيم في قرار لها جاء فيه: "أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن معارضة القضاء عدم قدرة الطاعنة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمى، لا يعنى حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً ... مما يستوجب معه نقض القرار"⁶.

بناءً على هذين الموقفين الأخيرين من التشريع والقضاء الجزائريين، يمكن أن نورد بعض الملاحظات:

الملاحظة الأولى: أن المشرع اختص بهذا الأثر السلبى لاتفاق التحكيم مجال التحكيم الدولي دون الداخلى، غاماً كما هو الحال بالنسبة لقانون التحكيم الإنجليزي، وهي الحالة العكسية لما ذهب إليه قانون المرافعات الفرنسي المشار إليه سابقاً، ومن ثم يبقى الإشكال متعلقاً حول تعامل المحكمة مع نزاع معروض عليها يكون محل اتفاق تحكيم داخلي؟، لذلك كان الأولى بالمشرع الجزائري توحيد مثل هذه الأحكام على المجالين الدولي والداخلى، أو على الأقل الإحالة بموجب نص على تطبيق أحكام التحكيم الدولي في المجال الداخلى، كما فعل المشرع الفرنسي.

الملاحظة الثانية: من خلال صياغة المادة 1045 المذكورة، يلاحظ أن المشرع في معرض ذكره للأسباب التي تجعل القاضي غير مختص في النزاع المحكم فيه، ذكر: "... أو إذا تبين له وجود اتفاق التحكيم"، والذي يظهر أن هذه العبارة محل نظر، إذ أنها تثير اللبس خاصة من حيث مدى جواز دفع القاضي بعدم الاختصاص، متى تبين له وجود اتفاق تحكيم، فكان الأولى بالمشرع الاستغناء عن هذه العبارة بالشرط الذي أورده بعدها، وهو شرط الدفع المثار من قبل أحد الأطراف، فالعبارة المذكورة توحي بأن للقاضي إعمال سلطته التقديرية، وأن يدفع بعدم الاختصاص متى تبين له أن النزاع المعروض عليه يعتبر محل اتفاق تحكيم مسبق، في حين أنه لا مجال لإعمال هذه السلطة لورود شرط الدفع الذي يلزم الطرف صاحب المصلحة به من جهة، ومن جهة أخرى ليس للمحكمة أن تقضي بالدفع بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، لعدم اعتبار هذا الدفع من النظام العام، فلا حاجة إذاً لإعمال هذه السلطة التقديرية.

لذلك يكون من الجدير اقتراح إعادة صياغة المادة 1045 المذكورة، بحيث تكون على النحو الآتي: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، وذلك بناءً على الدفع المثار من المدعى عليه بوجود اتفاقية تحكيم".

وترتيباً على هذه الصيغة المقترحة، فإنه وإن تبين للقاضي وجود اتفاق تحكيم، فليس له أن يدفع بعدم اختصاصه من تلقاء نفسه، بل عليه أن يحضي في نظر النزاع حتى يقوم المدعى عليه بالدفع بوجود اتفاق التحكيم، احتراماً لاتفاق التحكيم من جهة، وحفاظاً على استمرار الإجراءات التحكيمية من جهة أخرى. لكن إذا تبين للقاضي بطلان اتفاق التحكيم، وأصدر حكماً فيه بالبطلان، ففي هذه الحالة فقط يتعين على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات التحكيمية، لأن استمرارها سيصبح لا جدوى منه، وحتى لو استمرت وأصدرت حكمها في موضوع النزاع، فإنه لن يتسنى لصاحب المصلحة طلب الاعتراف به وتنفيذه، لصدر حكم قضائي يقضي ببطلان اتفاق التحكيم، وهو أحد الأسباب المانعة من التنفيذ⁷.

المطلب الثاني: طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم وأهم الإشكالات القانونية التي يثيرها هذا الدفع.

غنى عن البيان، أن الحق في إبداء أي دفع بصفة عامة ينشأ من لحظة نشوء المصلحة من استعمال الحق وفقاً لما نصت عليه المادة 13 من ق.إ.م.إ. الجزائري، وتطبيق هذا المبدأ على التحكيم في المنازعات البحرية محل الدراسة، فإن الحق في إبداء الدفع

¹ قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الصادر عام 1975، المعدل بالمرسوم رقم 500/81، بتاريخ 12 ماي 1981، وكذا المرسوم رقم 48 لسنة 2011، المعدل لقانون التحكيم.

² د محمود حمير الشرقاوي، التحكيم التجاري الدولي، دراسة قانونية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2011، ص 123.

³ R. Bourdin, la convention d'arbitrage international en droit français de puis le décret du 12 Mai 1981, in Y. Derains, droit et pratique de l'arbitrage international en France, 1984, p. 29.

⁴ Cour d'appel de paris, 4 Mai 1988, Rev. Arb, 1988, p. 657, note Fouchard.

⁵ عاطف محمد الفقي، التحكيم في المنازعات البحرية، المرجع السابق، ص 227.

⁶ المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

⁷ وتوضيحاً لهذا الطرح، يذهب الأستاذ بريري وخلافاً لما ذهب إليه المشرع الفرنسي، إلى عدم كفاية القول باحتكار هيئة التحكيم النظر في صحة أو بطلان اتفاق التحكيم بمجرد اتصالها بالنزاع، وإنما المقصود بمبدأ الاختصاص بالاختصاص هو عدم تعويق سير عملية التحكيم حين عرض الأمر على =القضاء، بل لها أن تستمر إذا تفرزت أن الدفوع مقصود بها المناظرة أو إطالة أمد النزاع، وهذه للبررات لا يصح أن تؤدي إلى القول بمنع القاضي من التحقق من صحة أو بطلان اتفاق التحكيم، بل على العكس فهي تترى وتؤكد سلطته، لأن رفع الأمر إليه لن يكون سبباً في وقف أو منع سير الإجراءات التحكيمية، إلا إذا تبين له بطلان اتفاق التحكيم فتصدى للموضوع وأصدر حكماً، ففي هذه الحالة يتعين على هيئة التحكيم إنهاء الإجراءات التحكيمية، لصدر حكم قضائي يعتبر مانعاً من تنفيذ حكمها إذا ما أصدرته. لمزيد من التوضيح ينظر، د محمود مختار بريري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 68.

بوجود اتفاق التحكيم أو الدفع بالتحكيم "L'exception d'arbitrage" ينشأ من لحظة توافر المصلحة من استعمال هذا الحق، أي من لحظة الخصومة، باعتباره -أي الدفع بالتحكيم- من الدفع الإجرائية التي لا يتصور وجودها إلا بمناسبة خصومة قضائية مطروحة على القضاء، ولا ينشأ هذا الحق بالدفع من لحظة إبرام اتفاق التحكيم البحري، إذ أن اتفاق التحكيم هو مجرد سبب في إبداء هذا الدفع¹. وعلى ضوء هذه الأحكام سنحاول بيان الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم (الفرع الأول)، ثم نعرض لأهم الإشكالات القانونية التي يثيرها هذا الدفع (الفرع الثاني):

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للدفع باتفاق التحكيم.

اختلف الفقه والقضاء والتشريع في شأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وتحديد طبيعته القانونية على نحو ثلاث نظريات هي: نظرية الدفع بعدم الاختصاص، ونظرية الدفع بعدم القبول، ونظرية الدفع بطلان المطالبة القضائية.

أولاً: نظرية الدفع بعدم الاختصاص.

يذهب الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي²، ويؤيده جانب في الفقه المصري³، وبعض أحكام محكمة النقض المصرية⁴، إلى تكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص، ومستندهم في هذا التكييف أن اتفاق الأطراف على التحكيم، وإقرار المشرع لهذا الاتفاق، يترتب عنه سلب لاختصاص القضاء بنظر النزاع⁵، فالقانون إذن هو الذي يمنح الإرادة الفردية في حالات معينة، سلطة الاتفاق على الانقضاء من الاختصاص القضائي لحاكم الدولة⁶.

غير أن ما يلاحظ بشأن موقف القضاء الفرنسي في هذا الخصوص، على أن أحكامه وإن كانت تتفق في مجملها بأن الدفع بالتحكيم هو دفع بعدم الاختصاص، غير أنها تناقضت من حيث مدى تعلق هذا الدفع بالنظام العام، ففي الوقت الذي تلزم فيه بعض هذه الأحكام المحكمة بأن تقضي بالدفع من تلقاء ذاتها⁷، يذهب بعضها الآخر إلى العكس من ذلك، إذ يقرر عدم تعلق الدفع للمذكور بالنظام العام⁸، لكن هذا الانقسام في القضاء الفرنسي الذي كان في ظل القانون القديم لم يعد له ما يبرره، بعد أن حسم المشرع الفرنسي هذه المشكلة في المادة 1458 من قانون المرافعات الجديد، حيث منع المحكمة من أن تحكم بعدم الاختصاص من تلقاء نفسها، لتعلق هذا الدفع بالمصلحة الخاصة لطرفي اتفاق التحكيم⁹.

وعلى العكس من ذلك، فإن هذا الانقسام لم يعرفه الفقه¹⁰ والقضاء¹¹ في مصر، حيث هناك إجماع على اعتبار الدفع بالتحكيم غير متعلق بالنظام العام المصري، ومن ثم يجب إبداءه قبل الكلام في الموضوع تحت طائلة سقوط الحق في إبدائه. والواقع أن تكييف الدفع بالتحكيم على أنه دفع بعدم الاختصاص لم يسلم من النقد، وذلك من عدة أوجه أهمها:

- أن القول بأن الدفع بالتحكيم هو من قبيل الدفع بعدم الاختصاص، يقتضي تحديد نوع هذا الاختصاص، وما إذا كان اختصاصاً ولائياً أو نوعياً أو مكانياً، وهذا ما لا يمكن التسليم به نظراً لعدم إمكان إسناد الدفع بالتحكيم لأي نوع من أنواع الاختصاص السابقة¹²، على نحو ما سنرى ضمن المطلب الثاني.
- أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر في الغالب من النظام العام، فلا يجوز للخصوم التنازل، عنها ويكون لهم التمسك بها في أية مرحلة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تقضي بما من تلقاء نفسها، وهذا كله عكس ما هو عليه الحال بالنسبة للدفع بالتحكيم، إذ يجوز لطرفي اتفاق التحكيم التنازل عنه بعد إبدائه، وحيث لا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها دون أن يثيره صاحب المصلحة¹³.

ثانياً: نظرية الدفع بعدم القبول.

يذهب الفقه السائد في مصر¹⁴، وجانب من الفقه في بعض الدول العربية¹⁵، إلى تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم على أنه دفع بعدم قبول الدعوى¹، على أساس أن اتفاق التحكيم وإن كان يمنع المحكمة مؤقتاً من سماع الدعوى مادام شرط

¹ ينظر في تفصيل هذه المسألة، د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 436 وما بعدها. وقارن خلاف ذلك، د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص 132.

² VINCENT Jean et GUINCHARD Serge, Procédure civile, Edition DALLOZ, 1999, n° 1664, p. 1118 et s. Bernard FILLION et Ph LEBOLANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Op. Cit, P. 672.

³ من مؤيدي هذا الرأي، د محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص 198 وما بعدها، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، للرجع السابق، ص 262 وما بعدها، د أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 148، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كاسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 172، د عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، منشورات جامعة الكويت، الطبعة الأولى، 1990، ص 148-149.

⁴ أنظر جملة من هذه الأحكام عند، د أشرف عبد العليم الرفاعي، اتفاق التحكيم والمشكلات العملية والقانونية في العلاقات الخاصة الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2006، ص 316 وما يليها.

⁵ أنظر في عرض هذه الاتجاهات ومناقشتها، د محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 249 وما تلاها.

⁶ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011، ص 102.

⁷ Cass. Civ. 20 juin 1957, n° 11, J.C.P., 1958, note Motulsky.

⁸ Paris 14 Mai 1959, n° 437, Rev. Arb 1959, note J. Robert.

⁹ د أشرف عبد العليم الرفاعي، المرجع السابق، ص 324.

¹⁰ د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001، ص 902. د محمود محمد هاشم، مرجع سابق، ص 266 وما يليها.

¹¹ أنظر في شأن هذه الأحكام، د أشرف عبد العليم الرفاعي، النظام العام والتحكيم في العلاقات الخاصة الدولية (دراسة في قضاء التحكيم)، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثانية، 1997-1998، ص 149-150.

¹² د مصطفى الجمال و د عاكشة عبد العال، المرجع السابق، ص 518.

¹³ المرجع نفسه، ص 519.

¹⁴ من مؤيدي هذه النظرية، د أحمد أبو الوفاء، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، الطبعة الرابعة، لسنة 2001، ص 125 وما يليها. د فتحي إسماعيل والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، المرجع السابق، ص 901 وما يليها، ونفس المؤلف، قانون التحكيم، المرجع السابق، ص 183 وما بعدها، د إبراهيم حرب محسن، طبيعة الدفع بالتحكيم في الخصومة المدنية، دراسة مقارنة، دار النشر للثقافة والتوزيع، الطبعة الأولى، 1999، ص 100.

¹⁵ مشار إليها عند، د محمود محمد هاشم، المرجع السابق، ص 256.

التحكيم قائماً، إلا أنه لا يحس سلطتها بسلبها الاختصاص في نظر النزاع²، فهو بذلك لا يحس الشروط الشكلية المتعلقة بعدم الاختصاص، وإنما يحس سلطة الخصم في الالتجاء إلى القضاء³.

وقد عارض هذه النظرية بعض الفقه الفرنسي⁴، وجانب من الفقه المصري⁵، وذلك على أساس أن الدفع بعدم القبول هو من الدفع الموضوعية التي يتعين إبدائها في أية حالة كانت عليها الدعوى⁶، وهذا بخلاف ما رأينا من أن الدفع بالتحكيم يجب إبدائه قبل الكلام في الموضوع تحت طائلة السقوط (المادة 1044 من ق.إ.م.إ. الجزائري)⁷، ومن جهة أخرى، فإن الدفع بعدم القبول هو الدفع الذي يرمي إلى التصريح بعدم قبول طلب الخصم لانعدام الحق في التقاضي، بسبب انعدام بعض شروطها كالمصلحة أو المصلحة مثلاً (المادة 67 من ق.إ.م.إ. الجزائري)، في حين أن الدفع بالتحكيم لا يتعلق بحق المدعي في رفع الدعوى التي تستلزم توافر الشروط السابقة، وإنما يتعلق باتفاق الأطراف على التحكيم وعدم الالتجاء للقضاء، فضلاً على عدم تعلق الدفع بوجود اتفاق التحكيم بالشروط السابقة لقبول الدعوى⁸.

ثالثاً: نظرية الدفع ببطالان المطالبة القضائية.

تلافياً للانتقادات التي وجهت للرأيين السابقين، سعى جانب من الفقه إلى إيجاد تكييف آخر للدفع بوجود اتفاق التحكيم، يتمشى مع ما يتميز به هذا الدفع من خصوصيات، حيث ذهب إلى القول بأن هذا الدفع هو دفع إجرائي بحت، يقوم على أساس بطلان المطالبة القضائية بسبب وجود عيب موضوعي، أي أنه دفع موجه لإجراءات الخصومة القضائية ولا صلة له بموضوع الدعوى، وهذا تأسيساً على أن اتفاق التحكيم يرتب التزاماً على عاتق طرفيه، بالامتناع عن المطالبة بالحق محل اتفاق التحكيم المتنازع بشأنه أمام القضاء⁹.

ورغم أن هذا الرأي قد لاقى تأييداً من طرف بعض الفقه¹⁰، لانسجامه إلى حد كبير مع طبيعة الالتزام السليبي بعدم الالتجاء إلى القضاء الناشئ عن اتفاق التحكيم، ومع ذلك لم يسلم من النقد هو الآخر، وأبرز ما وجه إليه من نقد، أن الدفع بالبطالان ينبغي أن يكون له سبب راجع إلى دعوى البطلان ذاتها، كعدم استيفاء الطلب لبياناته وعناصره اللازمة مثلاً، ولا يجوز أن يترتب هذا البطلان على أمر خارج عنها¹¹.

رابعاً: موقف التشريع والقضاء الجزائري من طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم.

يبدو موقف المشرع الجزائري واضحاً إزاء تكييفه لطبيعة الدفع للتحكيم، وذلك من خلال استهلاله للمادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقوله: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة ..."، كما يظهر ذلك أيضاً من خلال موقف المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: "أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن معانة القضاء عدم قدرة الطاعة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي، لا يعني حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً ... مما يستوجب معه نقض القرار"¹².

فيكون موقف المشرع الجزائري على غرار القضاء، أقرب إلى الأخذ بنظرية الدفع بعدم الاختصاص منه إلى النظريات الأخرى، مسائراً في ذلك مذهب الفقه والقضاء الفرنسيين، وقد مر بنا أن هذا التكييف لا ينسجم مع طبيعة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ أن قواعد الاختصاص القضائي تعتبر في الغالب من النظام العام، فلا يجوز للخصم التنازل عنها، ويكون لهم إثارها في أية حالة كانت عليها الدعوى، كما يجوز للمحكمة أن تثيرها من تلقاء ذاتها (المادتين 51 و 52 من ق.إ.م.إ. الجزائري)، بخلاف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، إذ يجوز لطرفي اتفاق التحكيم التنازل عنه بعد إبدائه، في حين لا يجوز للمحكمة أن تبديه من تلقاء نفسها دون أن يثيره صاحب المصلحة (المادة 1045 من ق.إ.م.إ. الجزائري).

رأي الباحث في التكييف الأنسب للدفع بوجود اتفاق التحكيم.

بعد استعراضنا لأهم النظريات في شأن تكييف الدفع بوجود اتفاق التحكيم، وبناءً على الانتقادات التي وجهت لكل منها، فإن الرأي الأقرب في تقديرنا إلى طبيعة الدفع محل النقاش، هو الرأي الأخير الذي يعتبره بأنه دفع ببطالان المطالبة القضائية، مع ضرورة التحفظ عن الاصطلاح بالبطالان في التعبير عن هذا الدفع، وتعديله بما يتناسب مع خصوصيات وطبيعة هذا الدفع، وعليه يمكن القول:

بناءً على ما يتميز به اتفاق التحكيم من خصوصيات مقارنة مع غيره من الاتفاقات الأخرى، فلا شك أن هذه الخصوصيات تشمل ما يتعلق بهذا الاتفاق من أحكام ودفع، وعليه فإن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع خاص له طبيعته الخاصة والمستقلة¹³، أو بعبارة أخرى هو اختصاص استثنائي مستمد من الطبيعة الخاصة للتحكيم كطريق استثنائي بديل عن

¹ وهو التكييف الذي أقره المشرع المصري في المادة 1/13 من قانون التحكيم بأنه: "يجب على المحكمة التي يرفع إليها نزاع بوجود شأنه اتفاق تحكيم أن تحكم بعدم قبول الدعوى إذا دفع المدعي عليه بذلك قبل إيداعه أي طلب أو دفاع في الدعوى".

² د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 519.

³ د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 470 وما يليها.

⁴ B. FILLION et Ph LEBOLANGER, Le nouveau droit Egyptien de l'arbitrage, Op. Cit, n° 17, P. 672.

⁵ د نبيل إسماعيل عمر، التحكيم في المواد المدنية والتجارية والوطنية والدولية، المرجع السابق، ص 104، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 159 وما بعدها.

⁶ وهو ما نصت عليه المادة 68 من ق.إ.م.إ. الجزائري.

⁷ د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، مرجع سابق، ص 521.

⁸ د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 280.

⁹ مشار إليه في، المرجع نفسه، ص 281.

¹⁰ أنظر في تأييد هذا الرأي وعرض حججه والرد على المخالفين، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 524 وما بعدها.

¹¹ في عرض جملة الانتقادات التي وجهت لهذه النظرية بنظر، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 262.

¹² المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

¹³ وهو اختيار د أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 492 وما يليها، ونفس المؤلف، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 286 وما يليها.

القضاء، فهو ليس إلا دفع بالتحكيم لا يترتب عليه سلب اختصاص محاكم الدولة، أو بطلان المطالبة القضائية، وإنما مجرد وقف¹ أو إرجاء هذه المطالبة لحين الانتهاء من إجراءات التحكيم، ويمكن تبرير هذه الوجهة من زاويتين:
فمن ناحية أولى، إجازة المشرع لأطراف اتفاق التحكيم، قبول عهده الاختصاص في نظر النزاع إلى هيئة التحكيم استثناءً إلى جانب القضاء، مع إعطاء الأولوية إلى هيئة التحكيم في حالة وجود اتفاق تحكيم صحيح، مُتَشَكِّكاً به من أي طرف وفقاً لما يقضي به القانون.

ومن ناحية ثانية، فإن اتفاق التحكيم لا يعني وفقاً لما تقدم سلب اختصاص محاكم الدولة، بل كل ما في الأمر أنه يضع على عاتق طرفيه التزاماً ببدء إجراءاته والاستمرار فيها، وعدم اللجوء إلى قضاء الدولة إلا في الأحوال التي يبيها القانون، كطلب إجراء تدابير تحفظية أو وقائية (المادة 1046 إ.م.ج. الجزائر)، ومن ثم يظل القضاء وفقاً لهذا النظام هو صاحب الولاية الأصلية في نظر المنازعات إلا ما استثنى نص، كما هو الحال في نصه على ولاية هيئة التحكيم في نظر الدفع بوجود اتفاق التحكيم، دون أن يعد ذلك انتزاعاً لبعض اختصاصات القضاء.

وبالجملة يمكن القول، أن الدفع بوجود اتفاق التحكيم هو دفع بالتحكيم وفقاً للاختصاص الاستثنائي لهيئة التحكيم، مستمد من الطابع الاستثنائي للتحكيم كطريق بديل عن القضاء، تبرره الطبيعة الخاصة والمستقلة لاتفاق التحكيم، دون أن يترتب عليه سلب اختصاص محاكم الدولة.

الفرع الثاني: أهم الإشكالات التي يثيرها الدفع باتفاق التحكيم في ضوء التشريع الجزائري.

يترتب على الحكم بعدم اختصاص المحكم بنظر النزاع الناشئ، بسبب وجود اتفاق التحكيم مسألتين إجرائيتين، يمكن تصورها كآثار قد يترتب عن هذا الحكم:

المسألة الأولى: تتعلق بالإجراء الذي يتعين على المحكمة اتخاذه بعد حكمها بعدم الاختصاص، فهل يترتب على الحكم بعدم الاختصاص أو الحكم بصحة اتفاق التحكيم، التزام المحكمة بإحالة النزاع إلى هيئة التحكيم، أم تكفي بعدم اختصاصها؟.

المسألة الثانية: تتعلق بمدى تصور وجود حالة تنازع في الاختصاص القضائي، بين المحكمة المطروح أمامها النزاع محل اتفاق التحكيم وهيئة التحكيم وفقاً لما نصت عليه المادة 398 من ق.م.ج. الجزائر².

أولاً: مناقشة الجدل حول مسألتين الإحالة والتنازع في الاختصاص القضائي بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم.

فيخصوص مسألة الإحالة من المحكمة إلى هيئة التحكيم، وذلك بعد حكم المحكمة بعدم اختصاصها لوجود اتفاق التحكيم، فالظاهر من نص المادة 1045 من ق.م.ج. الجزائر أن المشرع لم يتعرض لهذه المسألة، شأنه شأن جميع التشريعات الأخرى³، ونظراً لخلو هذه التشريعات من نصها على مسألة الإحالة، اختلف الفقه بين من يرى عدم جواز الإحالة بين القضاء وهيئة التحكيم، لأن الإحالة لا تكون إلا بين الجهات ذات الاختصاص القضائي⁴، وبين من يجيز هذه الإحالة على أساس أن المشرع قد اعترف لهيئة التحكيم كهيئة ذات اختصاص قضائي، بسلطات واسعة لا تختلف في طبيعتها عن السلطات الممنوحة للقضاء⁵. أما عن مسألة التنازع في الاختصاص بين محاكم الدولة وهيئة التحكيم، فما قبل في مسألة الإحالة يقال أيضاً في مسألة التنازع، حيث عرفت المسألتين ذات الخلاف، إذ أن المسألة هنا أيضاً تتوقف على مدى انسحاب الطبيعة القضائية على هيئة التحكيم، للقول بقيام أو عدم قيام حالة تنازع في الاختصاص.

ثانياً: رأي الباحث حول مسألتين الإحالة والتنازع.

على الرغم من الاختصاصات التي اعترف بها المشرع الجزائري لهيئة التحكيم، وعلى غرار باقي التشريعات الأخرى، إلى الحد الذي جعل بعض الفقه يعتبر هذه الهيئة ذات اختصاص قضائي، إلا أنه من جانبنا -على الأقل فيما يتعلق بالتشريع الجزائري- نرى ضرورة الوقوف عند نص المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والذي اكتفى من خلاله المشرع الجزائري بالنص على الحكم بعدم الاختصاص لوجود اتفاق تحكيم، دون أن يتطرق إلى إلزام المحكمة بإحالة النزاع على هيئة التحكيم، بخلاف ذلك اتفاقية نيويورك لسنة 1958 في مادتها 3/2 رغم انضمامها إليها، ومع ذلك تحفظ بخصوص هذه المسألة، ولعل ذلك ما يبرر نظرة المشرع الجزائري ومن على شاكلته للتحكيم، على أنه لا يزال طريقاً استثنائياً مقارنة مع القضاء كطريق أصيل.

وترتيباً على ذلك، فكل ما على المحكمة إذا ما أثبت أمامها وجود اتفاق تحكيم، أن تحكم بعدم اختصاصها دون أن تحيل الأطراف إلى هيئة التحكيم، ولعل ما يبرر ذلك في نظرنا هو أن الاختصاص التحكيمي يعتبر منعقداً أصلاً لهيئة التحكيم، وذلك بمجرد إبرام اتفاق التحكيم ونشأته صحيحاً، فلا يتوقف تقرير حق هيئة التحكيم في اختصاصها في نظر النزاع الذي يعتبر أصلاً محلاً لاتفاق تحكيم سابق، على إحالة هذا الحق لها من طرف المحكمة، بل يكفي احتراماً لهذا الحق مجرد حكم المحكمة بعدم اختصاصها، ومن ثم لا نرى فائدة من هذه الإحالة، لاسيما إذا كانت إجراءات التحكيم لا تزال مستمرة.

أما عن مسألة تنازع الاختصاص القضائي بين المحكمة وهيئة التحكيم، وذلك في الحالة التي تقضي كلاهما إما بالاختصاص أو عدم الاختصاص في نفس النزاع المعروض عليها، ودون الخوض فيما ذهب إليه الفقه بشأن مدى اعتبار هيئة التحكيم هيئة قضائية أم لا، فإن الواقع المعاصر للتحكيم يقتضي ضرورة عدم تجاهل نظام التحكيم، كنظام أثبت بشكل كبير جدارته على مستوى التشريع والقضاء الدوليين، وبالتالي حسب تقديرنا، أنه رغم عدم وجود نص صريح يعتبر هيئة التحكيم هيئة ذات طابع قضائي، إلا

¹ اختار هذا الوصف، د مصطفى الجمال و د عكاشة عبد العال، المرجع السابق، ص 525.

² نص المشرع الجزائري على مسألة التنازع في الاختصاص القضائي، في المواد 398 من ق.م.ج. وما يليها، معروفاً بأنه التنازع الذي يكون: "... عندما تقضي جهتان قضائيتان أو أكثر في نفس النزاع إما بالاختصاص أو بعدم الاختصاص".

³ باستثناء ما نصت عليه المادة 14 من مشروع قانون التحكيم المقدم إلى وزارة العدل بدولة الإمارات العربية في سنة 2006، وهذا النص يكاد يكون الوحيد من بين تشريعات الدول الذي نص على مسألة الإحالة بعد الحكم بعدم الاختصاص، يضاف إليه نص المادة 3/2 من اتفاقية نيويورك، والمادة 1/8 من القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي للجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (اليونسفال) لعام 1985.

⁴ اختلف الفقه في هذه المسألة بين من يضيء الصفة القضائية على هيئة التحكيم وبين من ينكر هذه الصفة، حيث يذهب البعض إلى أنها هيئة ذات اختصاص قضائي، بينما يذهب البعض إلى اعتبارها هيئة ذات اختصاص استثنائي، في حين يرى البعض الآخر بأنها هيئة إدارية. أشار إلى ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 329 وما بعدها.

⁵ محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 269. د أسامة المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 165 وما يليها.

أن ذلك لا يعني عدم إمكانية إضفاء هذا الوصف عليها باعتبارها طريق خاص استثنائي للتقاضي، والقول بخلاف ذلك لا شك يعتبر جرمًا على التصورات القانونية، التي تتناقض مع ما يفرضه واقع التجارة الدولية والبحرية، وما تفرضه ظروف وأوضاع المجتمع الراهن.

وفي ضوء ما سبق، مع التسليم بأن وصف هيئة التحكيم بأنها هيئة ذات اختصاص قضائي، هو ضرورة حتمية تفرضها طبيعة التنظيم القانوني لعمل هيئة التحكيم من جهة، وما يقتضيه واقع التجارة الدولية والبحرية من جهة أخرى، فإن ذلك يؤدي بنا إلى القول بإمكانية قيام تنازع في الاختصاص القضائي، بين محاكم الدولة وهيئات التحكيم باعتبارها هيئة ذات طابع قضائي استثنائي خاص، ومن ثم نقترح ضرورة إضافة نص قانوني ينظم هذه المسألة.

وهكذا ننهي إلى أنه متى كان هناك اتفاق تحكيم صحيح بين طرفيه، امتنع كلاهما عن اللجوء إلى القضاء لطرح النزاع محل التحكيم، إعمالاً لقاعدة الأثر السليبي أو المانع لاتفاق التحكيم على النحو المتقدم، لكن مع هذا التسليم بامتناع الأطراف عن اللجوء إلى القضاء طبقاً للأثر المذكور، إلا أنه قد يحدث وأن ينازع أحد الأطراف صحة اتفاق التحكيم، أو عدم اختصاص هيئة التحكيم للفصل في النزاع المطروح أمامها لسبب من الأسباب، فتثور مسألة مدى صلاحية هيئة التحكيم في الفصل في اختصاصها، أو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهو ما سنعرض له من خلال المبحث الموالي:

المبحث الثاني

مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية

يقتضي تحديد مفهوم مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية، تعريف هذا المبدأ (المطلب الأول)، ثم نعرض لطبيعته وأساسه القانوني (المطلب الثاني):

المطلب الأول: تعريف مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية.

مبدأ الاختصاص بالاختصاص¹، مفاده أن هيئة التحكيم هي التي تختص بالنظر فيما إذا كانت مختصة بالمنازعة البحرية المعروضة عليها أم لا، ويكون لها هذا الاختصاص ولو دفع أمامها بانعدام اتفاق التحكيم أو بطلانه أو بسقوطه، فالحكم لكي ينظر ما يعرض عليه من نزاع لابد له أن يقرر أولاً اختصاصه بنظره، ولو اقتضى هذا البحث في وجود وصحة وبقاء اتفاق التحكيم الذي يستند إليه طالب التحكيم، إذ أن الحكم يستمد ولايته من إرادة الطرفين، ولهذا فهو يختص بالنظر في مسألة اختصاصه، ولا يقتصر هذا الاختصاص على ما يتعلق ببطلان اتفاق التحكيم، وإنما أيضاً ما يتعلق بوجوده، وكذا ما يتعلق بتحديد نطاق ولاية هيئة التحكيم، أو بعبارة أعم، شمول اتفاق التحكيم أو عدم شموله للمسائل المطروحة أمام هيئة التحكيم².

وعموماً فإن مبدأ الاختصاص بالاختصاص، يرمي إلى تقرير حق هيئة التحكيم في الفصل في النزاع المعروض أمامها، إذ هي الأقدر من غيرها في تقرير اختصاصها بالنزاع من عدمه، وذلك دون تعطيل بسبب لجوء أحد الطرفين لحاكم الدولة، بعد تشكيل هيئة التحكيم للنظر في مدى اختصاص هيئة التحكيم، وتطبيقاً لذلك لا يجوز أن يطلب أي من الطرفين من هيئة التحكيم وقف إجراءات التحكيم، حتى يتم الفصل في دعوى بطلان مرفوعة أمام القضاء بشأن اتفاق التحكيم³.

ولعل التحليل السابق يعد أحد أهم مبررات إعمال مبدأ الاختصاص بالاختصاص، بما يدعم إحدى أهم مزايا التحكيم وهي سرعة الإجراءات، وبالتالي سرعة البت في النزاع، فلو تم تحويل البت في مسألة الاختصاص للقضاء، لأدى ذلك في كثير من الأحيان إلى سلب التحكيم هذه الميزة، مما يفقده أحد أسباب اللجوء له، وما قد يترتب عن ذلك من تعطيل الفصل في الإجراءات⁴. على أن القول بعدم جواز اللجوء إلى محاكم الدولة على النحو المتقدم، ليس معناه غل سلطة المحاكم في النظر في اختصاصها أو عدم اختصاصها عند إثارة الدفع بوجود اتفاق التحكيم، باعتبار أن ذلك من الحقوق الفطرية للقضاء، وأن تقرير حق هيئة التحكيم في نظر اختصاصها لا يسلب القضاء هذا الحق الأصلي⁵، فقاعدة منع القضاء من البت في اختصاص هيئة التحكيم عند لجوء أحد الأطراف إليه تعد قاعدة زمنية فحسب، إذ يكون هذا المنع قبل أن تفصل هيئة التحكيم في اختصاصها بنفسها، وبالتالي لا يحول هذا المنع من تصدي قضاء الدولة لمبحث مسألة اختصاص هيئة التحكيم في وقت لاحق، وذلك عند الطعن أمامه ببطلان حكم التحكيم، أو طلب رفض الأمر بتنفيذه لصدوره من هيئة تحكيم غير مختصة⁶.

المطلب الثاني: طبيعة وأساس مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية.

اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع البحري المعروض أمامها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، يؤثر التساؤل عن طبيعة الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، وهل هو اختصاص نوعي أم اختصاص وظيفي أو ولائي؟، وكذا الأساس الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص؟:

الفرع الأول: تحديد طبيعة مبدأ الاختصاص بالاختصاص في المنازعات البحرية.

يذهب اتجاه في الفقه للقول بأن الدفع بعدم اختصاص هيئة التحكيم بنظر النزاع، هو من الاختصاص النوعي لطبيعة التحكيم⁷، الذي يتعلق بصلاحيات الفصل في نزاعات محددة دون سواها، بينما يذهب اتجاه آخر إلى اعتباره من قبيل الاختصاص الوظيفي، المبني على تحديد اختصاص كل جهة من جهات المحاكم دون باقي الجهات⁸.

¹ جدير بالإشارة إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص ظهر أولاً ما ظهر في ألمانيا، على إثر حكم محكمة النقض الألمانية عام 1955 الذي قضى بجواز اتفاق الأطراف على اختصاص هيئة التحكيم بالفصل في المنازعات المتعلقة باختصاصها، وعلى الرغم من الرفض والانتقاد الذي تعرض له هذا الحكم، إلا أن هذا النقد لم يدم طويلاً، إذ بدأ نطاق مبدأ الاختصاص بالاختصاص يتوسع في الأخذ به في أنظمة التحكيم الدولية وقوانين التحكيم المقارنة. أشار إلى ذلك، د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 71-72.

² د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 145-146.

³ المرجع نفسه، نفس الموضوع.

⁴ د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، الجزء الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2010، ص 289.

⁵ د أحمد إبراهيم عبد التواب، مرجع سابق، ص 77-78.

⁶ د أحمد عبد الكريم سلامة، التحكيم في المعاملات المالية الداخلية والدولية، المرجع السابق، ص 294.

⁷ أشار إليه د أحمد إبراهيم عبد التواب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، المرجع السابق، ص 87-88.

⁸ أنظر في هذا الرأي، د محمود محمد هاشم، النظرية العامة للتحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 258 وما بعدها، د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 148 وما بعدها.

في حين يعالج البعض¹ هذه الطبيعة من حيث مدى تعلق قواعد الاختصاص بأنواعه المذكورة بالنظام العام، حيث يرى أن الاتفاق على الالتجاء إلى التحكيم دون قضاء الدولة، ليس تقريراً لاختصاص ولائي أو وظيفي لهيئة التحكيم، كما لا يمكن اعتباره من قبيل قواعد الاختصاص النوعي لها، ذلك لأن هذه القواعد لا تقرر بمقتضى اتفاق خاص بين الأطراف، إذا تعتبر من القواعد المتعلقة بالنظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها، بل إن أي اتفاق على مخالفتها يعد باطلاً.

وعلى هذا، يرى هذا الاتجاه أن اختصاص هيئة التحكيم بنظر المنازعات يعد نوعاً من الاختصاص الاستثنائي لهيئات التحكيم غير المتعلقة بالنظام العام، إذ يجوز للأطراف الالتجاء إليه أو عدم الالتجاء إليه، بخلاف الاختصاص الوظيفي أو النوعي والذي يتعلق بالنظام العام، ومن ثم فإن الدفع بعدم الاختصاص أمام هيئة التحكيم التي تنظر المنازعة البحرية، يعتبر من قبيل الدفع الشكلية التي تسقط بانتهاك المدة المقررة لتقديم المدعى عليه لدفاعه طبقاً للقواعد العامة².

الفرع الثاني: تحديد الأساس القانوني لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في المنازعات البحرية.

فقد اختلف الفقه في تحديد الأساس الذي يستند إليه مبدأ الاختصاص بالاختصاص على نحو أربعة آراء:

الرأي الأول: يذهب إلى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يجد أساسه في نطاق التحكيم الدولي، وذلك في قاعدة عرفية خاصة بتحكيم منازعات التجارة الدولية، قبل أن يصير قاعدة قانونية في صورتها الأخيرة، ومستند هذا الرأي أن المبدأ المذكور يكون واجب الإعمال بغض النظر عن وجود أو صحة اتفاق التحكيم ذاته، بل وبغض النظر عن ضرورة الرجوع إلى قانون دولة معينة يقره أو يعترف به³.

الرأي الثاني: يذهب هذا الرأي إلى ربط مبدأ الاختصاص بالاختصاص بالتمييز العقدي لاتفاق التحكيم، وعليه فإن هذا التمييز العقدي يقود إلى إنكار سلطة المحكم في الفصل في مسألة اختصاصه، ومن ثم يتعين حسم هذه المسألة بواسطة القضاء⁴، لكن في تقديرنا أن التمييز القانوني لطبيعة التحكيم لا تصلح أساساً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، ذلك لأن هذا التمييز تنازعه عدة نظريات، فإذا كانت النظرية العقدية تؤدي إلى القول بعدم اختصاص المحكم في مسألة اختصاصه في نظر النزاع⁵، فإن النظرية القضائية تقود إلى العكس من ذلك وذلك بالاعتراف للمحكم بهذا الاختصاص⁶.

الرأي الثالث: يذهب إلى أن هيئة التحكيم تستمد اختصاصها في نظر النزاع من عقد التحكيم نفسه، حيث أن المحكم يستمد سلطته من اتفاق التحكيم ذاته وهو الذي يخوله سلطة البت في اختصاصه⁷، غير أن ما يمكن قوله في هذا الرأي ما قيل في سابقه من عدم صلاحية اعتبار التمييز القانوني لاتفاق التحكيم أساساً للمبدأ المذكور، أضف إلى ذلك أنه يثير التساؤل كيف يمكن للمحكم بالاستناد فقط إلى اتفاق التحكيم أن يقرر صحة أو وجود اتفاق التحكيم فيقرر اختصاصه تبعاً، أو أن يقرر بطلان هذا الاتفاق وبالنتيجة تقرير عدم اختصاصه تبعاً لذلك؟.

الرأي الرابع: وهو الذي كرسه القضاء في فرنسا⁸، برد المبدأ المذكور إلى مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي⁹، والواقع أنه ثمة ضرورة تدعو للفصل بين المبدأين على النحو الآتي:

بداية يمكن تعريف مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم على أنه: قابلية هذا الاتفاق للانفصال عن العقد الأصلي الذي يتضمنه، بما يعني معه أن مصير اتفاق التحكيم لا يرتبط بمصير العقد الأصلي، وذلك من حيث الوجود والصحة والبطالان، فلا يترتب على إبطال أو بطلان اتفاق التحكيم أو عدم صحته بطلان العقد الأصلي، كما لا يترتب على بطلان العقد الأصلي أو عدم صحته بطلان اتفاق التحكيم، إلا إذا كان البطلان يشمل اتفاق التحكيم والعقد معاً، كما لو تم إبرام العقد من عدم الأهلية¹⁰، وهو المبدأ الذي كرسه المشرع الجزائري بموجب المادة 4/1040 من ق.إ.م. التي جاء فيها: "لا يمكن الاحتجاج بعدم صحة اتفاقية التحكيم بسبب عدم صحة العقد الأصلي".

وبناء على هذا التعريف، اختلف الفقه في مسألة وجود أو عدم وجود ارتباط بين مبدأ استقلالية اتفاق التحكيم مع مبدأ استقلال المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، أي مبدأ الاختصاص بالاختصاص. فقد ذهب اتجاه إلى القول بوجود هذا الارتباط،

¹ د أحمد إبراهيم عبد التواب، المرجع السابق، ص 88-89.

² وهذا التمييز كما يراه ذات الاتجاه، يتسق مع ما ورد في المادة 22 من قانون التحكيم المصري التي نصت على أن ميعاد تقديم هذا الدفاع هي مدة دفاع للمدعى عليه.

³ ويبدو أن هذا الرأي قد تأثر بما قضت به غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1982، حيث قررت بخصوص مبدأ الاختصاص بالاختصاص المنصوص عليه في المادة 8 فقرة 3 و 4 من لائحة تحكيم الغرفة، النافذة اعتباراً من تاريخ صدوره، بأن هذا المبدأ يخول المحكم سلطة اتخاذ كل قرار حول اختصاصه ... دون أن تفرض عليه من أجل ذلك تطبيق قانون وطني أيا كان". راجع حيثيات هذا الحكم في:

Sentence CCI, N° 4131, du 23 sep 1982, Dow Chemical, C/Isover-Saint-Gobain, Rev. Arb. 1984, P. 137.

⁴ د بليغ حدي محمود، الدعوى يبطلان أحكام التحكيم الدولية - دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 55.

⁵ ذلك أن هذه النظرية ترتكز على مبدأ سلطان إرادة الأطراف خلال جميع مراحل العملية التحكيمية، خاصة على اختصاص المحكم وسلطته في تطبيق القواعد القانونية، وتعيينه، وتحديد المهل في نظر النزاع، وغير ذلك من المظاهر التي يتجلى فيها سلطان الإرادة. د أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، المرجع السابق، ص 18.

⁶ تذهب هذه النظرية إلى أن التحكيم يستمد أساسه من أصل الوظيفة التي يقوم بها المحكم، وهي ذات الوظيفة التي يقوم بها القاضي، حيث يتم نظر النزاع أمامه على ذات المراحل التي تتم أمام القضاء، من حيث الادعاء والمنازعة والإجراءات والتحقيق، وإصدار حكم يتفق مع الحكم القضائي من حيث الشكل والمضمون والآثار وقابلية الطعن عليه ونحو ذلك. أنظر في هذا الخصوص، د نبيل إسماعيل عمر، المرجع السابق، ص 39-40، وفي ذات المعنى، د محمود مختار بربري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 79.

⁷ أورد هذا الرأي، الأستاذ هات محي الدين اليوسفي، الأثر المانع لاتفاق التحكيم ومدى تأثيره على الاختصاص القضائي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2014، ص 57.

⁸ J. Robert, L'Arbitrage droit interne, droit international privé, avec la collaboration de B. Moreau. D. 6^{ème} éd, 1993, P. 138.

⁹ د بليغ حدي محمود، الدعوى يبطلان أحكام التحكيم الدولية، المرجع السابق، ص 25 وما بعدها.

¹⁰ د أحمد إبراهيم عبد التواب، صور اتفاق التحكيم واستقلاله، مجلة الأمن والقانون، أكاديمية شرطة دبي، دولة الإمارات العربية المتحدة، السنة 16، العدد الأول، يناير 2008 م، ص 371 وما بعدها. د فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، المرجع السابق، ص 96. د أسامة أحمد شوقي المليجي، هيئة التحكيم الاختياري، المرجع السابق، ص 17.

مع اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص نتيجة غير مباشرة لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم¹، بينما يرى البعض الآخر أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص مكمل لمبدأ استقلال اتفاق التحكيم²، في حين هناك من يعترف بصعوبة الربط بينهما³. ومن جانبنا، فلنأخذ نتج مع من يرى أن القاعدة السابقة، والمتمثلة في ارتباط مبدأ استقلال اتفاق التحكيم بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، هي قاعدة تعوزها الدقة، ذلك أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص هو مبدأ مستقل في ذاته، وليس له علاقة مباشرة أو غير مباشرة بمبدأ استقلال اتفاق التحكيم، فضلاً على عدم اعتباره خاصية من خصائصه، ولعل ما يبرر هذا القول عدة اعتبارات أهمها⁴:

- أن مجال تطبيق كل مبدأ من المبدأين يختلف تماماً عن الآخر، ذلك أن مجال تطبيق مبدأ الاستقلال يظهر أساساً عند تقدير صحة اتفاق التحكيم، بينما يظهر مجال تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص عند البدء في إجراءات التحكيم وقبل تقدير صحة اتفاق التحكيم، أي أن مبدأ الاستقلال يأتي في مرحلة لاحقة، يكون فيها مبدأ الاختصاص بالاختصاص قد تقرر أصلاً، الأمر الذي يؤكد انتفاء وجود علاقة وارتباط بين المبدأين، مما ينفي اعتبار مبدأ الاختصاص بالاختصاص أثر من آثار مبدأ استقلال اتفاق التحكيم.

- أن مبدأ الاستقلالية يتعلق بمسألة موضوعية، تحذف إلى تمييز اتفاق التحكيم عن العقد الأصلي، أما مبدأ الاختصاص بالاختصاص فيتعلق بمسألة إجرائية، تحذف إلى منح المحكم سلطة تقرير اختصاصه، خاصة في الحالة التي يثار فيها الشك حول صحة اتفاق التحكيم، ويبدو فيها أن بطلانه تابع من ذاته لا من العقد الأصلي الوارد به، وذلك بصرف النظر عن استقلال اتفاق التحكيم من عدمه.

رأي الباحث:

لعل الخروج من الخلاف السابق لا يتأتى إلى بالبحث عن أساس آخر لمبدأ اختصاص المحكم بالفصل في مسألة اختصاصه، لذلك نرى أن الأقرب إلى المنطق القانوني الذي تقتضيه خصوصيات التحكيم، ذلك التحليل الذي يرى أن مبدأ الاختصاص بالاختصاص يُستمد من قانون التحكيم في دولة مقر التحكيم، أو بصورة أعم من قانون الدولة التي يراد منها الاعتراف أو تنفيذ حكم المحكم الصادر بالفصل في مسألة اختصاصه⁵، فلو أصدرت هيئة التحكيم المتعقدة في دولة من الدول، حكماً بعدم اختصاصها في النزاع المعروض أمامها بسبب عدم صحة أو عدم وجود اتفاق التحكيم، فإن هذا الحكم يستند في أساسه إلى قانون الدولة التي يجري هذا التحكيم في أراضيها، أو إلى قانون الدولة التي يراد منها الاعتراف أو تنفيذ حكم التحكيم، والقول بخلاف ذلك لا شك يؤدي إلى تهديد مصير الحكم الصادر بشأن مسألة الاختصاص، وذلك من حيث عدم الاعتراف به أو عدم تنفيذه.

المبحث الثالث

آليات تطبيق مبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية

فيما يلي سنحاول توضيح التطبيق العملي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال التحكيم في المنازعات البحرية (المطلب الأول)، مع استجلاء بعض الإشكاليات التي يفترها تطبيق هذا المبدأ (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التطبيق العملي لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية.

نعرض من خلال هذا المطلب، تكريس هيئة التحكيم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية (الفرع الأول)، ثم نحاول تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي (الفرع الثاني):

الفرع الأول: تكريس هيئة التحكيم لمبدأ الاختصاص بالاختصاص في مجال المنازعات البحرية.

مضى دفع أحد الخصوم بعدم اختصاص هيئة التحكيم البحري، بشأن النزاع الناشئ عن تنفيذ عقد من عقود التجارة البحرية، بسبب أن اتفاق التحكيم باطل أو غير موجود، أو عدم شموله موضوع النزاع، أو بسبب عدول ونزول أحد أطرافه عنه، كان على هيئة التحكيم البحري أن ترد على هذا الدفع، طالما تم إبدائه في الموعد المحدد له، وهو عادة ميعاد لا يتجاوز تقديم بيان الدفاع أو تقديم الرد على الطلبات المعارضة، طبقاً لما نصت عليه المادة 1044 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، التي جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع". وعلى غرار ما استقر عليه الرأي الدولي تشريعاً وقضاءً، فإن هيئة التحكيم الفاصلة بشأن منازعة ناشئة عن تنفيذ عقد من عقود التجارة البحرية المعروضة عليها، أن تتأكد من مسألة اختصاصها، سواء من تلقاء نفسها أو بناء على دفع أحد طرفي اتفاق التحكيم بعدم اختصاصها⁶، إلا أن الغالب في الحياة العملية ألا يكون ذلك إلا بناء على دفع الطرف صاحب المصلحة، فإذا لم يثر هذا الدفع يعتبر ذلك تنازلاً عنه⁷، وينعقد بالتالي الاختصاص لهيئة التحكيم البحري.

لكن قد تقتضي الظروف في بعض الأحيان بأن تثير هيئة التحكيم البحري هذا الدفع من تلقاء ذاتها، دون أن تنتظر إثارة من أحد الأطراف، كأن تكون المنازعة البحرية مما لا يجوز التحكيم فيها أصلاً، أو كان سببها أو محلها غير مشروع أو مخالف للنظام العام، ففي مثل هذه الفروض وغيرها، قد تجد هيئة التحكيم أن من مصلحتها، بل وحفاظاً على سمعتها، أن تثير الدفع بعدم

¹ د نيمان عبد القادر، اتفاق التحكيم في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق، ص 313.

² عبد الحميد الأحديب، موسوعة التحكيم التجاري الدولي، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 148.

³ محمود مختار بيري، التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 70.

⁴ أنظر هذا الرأي، د أحمد مخلوف، اتفاق التحكيم كأسلوب لتسوية منازعات التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 146-147.

⁵ أنظر في هذا المعنى، د خفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، المرجع السابق، ص 235-236.

⁶ د أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 293.

⁷ وهذا ما يدل على أن الدفع بعدم الاختصاص غير متعلق بالنظام العام، حيث يجب إثارة في أول فرصة سانحة لصاحب المصلحة، وإلا سقط حقه بذلك، وهو التوجه السائد في التحكيم، وهو الذي عليه غالبية تشريعات وقوانين التحكيم. أنظر على سبيل المثال: المادة 16 من القانون النموزجي، المادة 21 من قواعد اليونسفال، المادة 22 من قانون التحكيم المصري، والمادة 1044 من ق.إ.م.أ. الجزائري.

الاختصاص¹. وسواء أثر الدفع من طرف الهيئة أو من طرف صاحب المصلحة، فلهيئة التحكيم المعروض أمامها المنازعة البحرية الخيار بين أمرين²:

الأول: إما أن تفصل في ذلك الدفع بحكم تمهيدي أو أولي Sentence Préliminaire استقلالاً عن حكمها الفاصل في موضوع المنازعة البحرية، وهذا يحدث عادة في الفرض الذي تنتهي فيه الهيئة إلى عدم اختصاصها، فتسارع إلى إصدار قرارها بعدم اختصاصها دون انتظار.

الثاني: أن ترجى البت في الدفع بعدم الاختصاص إلى حين البت في موضوع المنازعة البحرية، لتفصل فيهما بحكم واحد، وهذا في الحالة التي يكون فيها هذا الدفع مرتبط بموضوع المنازعة البحرية، كما هو واضح من الفقرة الثانية من المادة 1044 المذكورة، ويحدث هذا أيضاً في الحالة التي تقدر فيها هيئة التحكيم البحري ثبوت الاختصاص لها، حيث تقتضي دواعي الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في النزاع، إصدار حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص وموضوع النزاع معاً.

على أن ما ينبغي التنبيه له في هذا المقام، إذا رفضت هيئة التحكيم المعروض أمامها النزاع البحري الدفع بعدم الاختصاص، ومضت في نظر الدعوى التحكيمية، فإن حكمها هذا الراض للدفع بعدم الاختصاص وإن كان غير حائز لحجية الأمر المقضي فيه، بحيث يمكن الطعن فيه بدعوى البطلان، إلا أنه لا يمكن مباشرة هذا الطعن استقلالاً، إذ هو حكم يصدر قبل الحكم المنهي للخصومة كلها، وبالتالي لا بد أن يطعن فيه بدعوى البطلان مع هذا الحكم المنهي للخصومة كلها³، لكن متى انقضى ميعاد دعوى البطلان، فإن حكم هيئة التحكيم بالفصل في المنازعة البحرية أو برفض الدفع بعدم الاختصاص، تستنفذ به هيئة التحكيم البحري ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة أخرى⁴.

الفرع الثاني: تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي.

يبقى أن نعرض لمسألة مهمة، وهي تحديد الجهة المختصة بالفصل في مسألة صحة أو بطلان العقد الأصلي، فقد ثار خلاف فقهي حول الجهة التي تسند إليها هذه المهمة⁵، إذ يظهر هذا الإشكال في الفرض الذي يدفع فيه أحد الأطراف أمام هيئة التحكيم الفاصلة في المنازعة البحرية، ببطلان العقد الأصلي المتضمن اتفاق التحكيم، فهل يؤول الاختصاص للقضاء الوطني أم لهيئة التحكيم البحري⁶؟ كما يزداد الأمر تعقيداً حينما يتعلق الأمر بعقود التجارة البحرية ذات الطبيعة الدولية، إذ تثير هذه الحالة مشكلة أخرى تتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق.

حسم المشرع الفرنسي هذه المسألة⁶، فنص في المادة 1466 من قانون المرافعات الجديد (المعدل بالمرسوم رقم 48 لسنة 2011، المعدل لقانون التحكيم)، على أن المحكم كالقاضي يفصل في اختصاصه، وهو ما يعرف بمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وإعمالاً لهذا المبدأ، يفصل المحكم في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه، حتى يتمكن من السير في إجراءات التحكيم دون الحاجة إلى وقف هذه الإجراءات، وهدف المشرع الفرنسي من ذلك هو تجنب إجهاض العملية التحكيمية بسبب الدفع ببطلان العقد الأصلي، أو على الأقل تجنب وقف سيرها، بحيث لا يمكن الاستمرار فيها إلا بعد فصل القضاء في مسألة صحة العقد الأصلي⁷.

غير أن ما تجدر الإشارة إليه، أن التسليم بحق هيئة التحكيم في الفصل في مسألة مدى صحة العقد الأصلي وبطلانه على النحو المتقدم، لا يعني أنها تملك سلطة الحكم ببطلان العقد الأصلي أو صحته لخروج ذلك عن اختصاصها، وبالتالي تبقى هذه السلطة سلطة بحث فقط وليست سلطة حكم، فهي تبحث فقط في مدى صحة العقد الأصلي أو بطلانه⁸، على أنه يجوز لها الاستمرار في إجراءات التحكيم، إذا تبين لها أن العقد باطل أو غير صحيح لترتيب الآثار المالية المترتبة على بطلانه، لكنها لا تملك الاستمرار في التحكيم إذا تبين لها أن اتفاق التحكيم باطل أو لاغ أو غير مشتمل على موضوع النزاع، إذ يتعين عليها في هذه الحالة الحكم بانتهاء التحكيم أو الحكم بعدم الاختصاص بحسب الأحوال⁹.

أما عن المشرع الجزائري، وإن كان قد كرس المبدأ السابق -مبدأ الاختصاص بالاختصاص- بموجب المادة 1044 من ق.إ.م. حيث نص على أنه: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها"، غير أنه لم يفصح عن إرادته في تحويل هيئة التحكيم الاختصاص في الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من عدمه¹⁰، فمحكمة التحكيم تفصل في اختصاصها من عدمه، فقط متى تبين لها وجود أو عدم وجود اتفاق التحكيم وفقاً لمفهوم المادة المذكورة، وبالتالي يظل الإشكال متعلقاً بالنسبة لموقف المشرع الجزائري بالجهة المختصة في الفصل في مدى صحة العقد الأصلي.

والذي تميل إليه في هذا الخصوص، وبناءً على اعتبارات السرعة التي يتميز بها نظام التحكيم، وتناوبها مع وقف سير إجراءات التحكيم إلى حين الفصل في مسألة صحة العقد الأصلي من قبل القضاء، فإن الأولوية في حسم النزاع حول هذه المسألة لا

¹ د حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، المرجع السابق، ص 296-297.

² لمزيد من التفصيل ينظر، د أحمد عبد الكريم سلامة، مرجع سابق، ص 302 وما بعدها.

³ د فتحي وافي، المرجع السابق، ص 148.

⁴ د أحمد إبراهيم عبد الوهاب، اتفاق التحكيم والدفع المتعلقة به، المرجع السابق، ص 564.

⁵ د أحمد السيد صاوي، الوجيز في التحكيم طبقاً للقانون رقم 27 لسنة 1994 على ضوء أحكام القضاء وأنظمة التحكيم الدولية، دار النهضة العربية، الطبعة الرابعة، 2013، ص 121 وما تلاها. د بلخ حدي محمود، الدعوى ببطلان أحكام التحكيم الدولية -دراسة مقارنة-، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 50.

⁶ جاء موقف المشرع الفرنسي هذا استجابة منه للفقهاء والقضاء الذي يكرس مبدأ الاختصاص بالاختصاص، أنظر على سبيل المثال: RUBELLIN-DEVICHI J, L'arbitrage nature juridique, droit interne et droit international privé, Paris, LGDJ, 1965, N° 333, P. 226 et ss.

Cass. Civ. 6 mai 1991, RevArb, 1991, p. 58. Cass. Civ. 2 mai 1966, Rev. Arb, 1966, p. 99.

Sentence 787, du 18 octobre 1990, DMF 1991, p 269. Sentence 795, du 19 décembre 1990, DMF 1991, p 542

⁷ د أحمد السيد صاوي، مرجع سابق، ص 122.

⁸ المرجع نفسه، ص 125.

⁹ د أحمد إبراهيم عبد الوهاب، الأثر الإيجابي والأثر السلبي لاتفاق التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص 78.

¹⁰ وقد عمل المشرع المصري على تلافي هذا الغموض وحسناً فعمل، لاسيما والأمر متعلق هنا بمسألة الاختصاص، حيث نص في المادة 1/22 من قانون التحكيم المصري على أنه: "تفصل هيئة التحكيم في الدعوى المتعلقة بعدم اختصاصها، بما في ذلك الدعوى المبنية على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه أو عدم جوده لموضوع النزاع"، فالذي يظهر من عبارة (الدعوى المتعلقة بعدم اختصاص هيئة التحكيم)، أنها جاءت عامة لتشمل كافة الدعوى بما في ذلك الدفع المتعلق بعدم صحة العقد الأصلي.

شك تؤول هيئة التحكيم، ضماناً لاستمرارية سير الإجراءات التحكيمية من جهة، وإعمالاً لاتفاق التحكيم الصحيح الوارد في العقد الأصلي، على اعتبار هيئة التحكيم تستمد ولايتها أساساً من هذا الاتفاق على التحكيم المستقل عن العقد الأصلي محل النزاع.

المطلب الثاني: موقف التشريع والقضاء الجزائريين من مبدأ الاختصاص بالاختصاص.

على غرار باقي التشريعات الأخرى، فإن المشرع الجزائري قد اعتنق مبدأ الاختصاص بالاختصاص كما يبدو ذلك واضحاً من خلال المادة 1044 من ق.إ.م.إ.، حيث جاء فيها: "تفصل محكمة التحكيم في الاختصاص الخاص بها، ويجب إثارة الدفع بعدم الاختصاص قبل أي دفاع في الموضوع. تفصل محكمة التحكيم في اختصاصها بحكم أولي إلا إذا كان الدفع بعدم الاختصاص مرتبطاً بموضوع النزاع".

فمن خلال استقراءنا لهذه المادة، نلاحظ أن المشرع قد اعترف لهيئة التحكيم البحري، التي تنظر المنازعة البحرية المعروضة عليها، بسلطتها في البت في مسألة اختصاصها وفقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص، وهذا الدفع يكون إما من تلقاء نفسها أو من قبل صاحب المصلحة، على أن يثار الدفع الصادر من هذا الأخير قبل أن تنطرق الهيئة للبت في الدفع الموضوعية للنزاع، وبالتالي متى باشرت الهيئة مهمة الفصل في موضوع النزاع، يسقط معه أي حق في الدفع بعدم اختصاصها، كما يتعين على القاضي الذي يرفع أمامه ذات النزاع المثار أمام هيئة التحكيم، بأن يقضي بعدم اختصاصه في نظر هذا النزاع، وهو الحكم الذي نصت عليه المادة 1045 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري بقولها: "يكون القاضي غير مختص بالفصل في موضوع النزاع، إذا كانت الخصومة التحكيمية قائمة، أو إذا تبين له وجود اتفاقية تحكيم على أن تثار من أحد الأطراف".

وعليه لا يبقى أمام صاحب المصلحة في الدفع سوى طريق دعوى البطلان، على أن يطعن بدعوى البطلان في مسألة الاختصاص مع الحكم النهائي الصادر في الخصومة كلها وليس استقلالاً عنه، كل ذلك مع مراعاة المواعيد المنصوص عليها في المواد 1058 وما يليها من نفس القانون. لكن متى انقضى ميعاد البطلان، فإن حكم هيئة التحكيم بالفصل في النزاع أو برفض الدفع بعدم الاختصاص، تستنفذ به هيئة التحكيم ولايتها في نظر النزاع، فلا يجوز طرحه عليها مرة أخرى.

والأصل أن تبت محكمة التحكيم البحري، الفاصلة في موضوع المنازعة البحرية المعروضة عليها في اختصاصها بحكم أولي، باستثناء الحالة التي يكون فيها الدفع المثار مرتبط بموضوع النزاع حسب الفقرة الثانية من المادة 1044 المشار إليها سابقاً، ففي هذه الحالة فقط تصدر الهيئة حكم واحد حاسم لمسألة الاختصاص وموضوع النزاع معاً، ولا شك أن في ذلك حرصاً من المشرع على عامل الزمن الذي يتطلبه التحكيم التجاري، وما يقتضيه من ضرورة الاقتصاد في الإجراءات وسرعة البت في النزاع.

غير أن ما يمكن ملاحظته بشأن المادة 1044 السابقة الذكر، أن المشرع الجزائري لم يوضح من خلالها الأوجه التي يبنى عليها الدفع بعدم الاختصاص، مثل ما فعل المشرع المصري في المادة 22 من قانون التحكيم التي جاء فيها: "تفصل هيئة التحكيم في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها بما في ذلك الدفع المبني على عدم وجود اتفاق تحكيم أو سقوطه أو بطلانه"، فلم يقتصر المشرع المصري على تحويل هيئة التحكيم مسألة البت في الدفع بعدم اختصاصها في نظر النزاع فقط، بل وسع من نطاق هذا الاختصاص ليشمل أي دفع يتعلق باتفاق التحكيم بصفة عامة، سواء من حيث وجوده أو سقوطه أو بطلانه، ولعل المشرع الجزائري ترك هذه المسألة مفتوحة أمام هيئة التحكيم، لكونها الأدرى بما يدخل ضمن نطاق اختصاصها وما يخرج عنه.

أما عن الاجتهاد القضائي الجزائري، فإنه لم يأتي بكثير أحكام في هذا الخصوص، ولعل أوضح موقف للمحكمة العليا الجزائرية قرار لها جاء فيه: "أن التحكيم ينزع اختصاص القضاء، وأن معانة القضاء عدم قدرة الطاعنة على الوفاء رغم وجود بند تحكيمي، لا يعني حكماً بأن طريق التحكيم أصبح مسدوداً ... مما يستوجب معه نقض القرار"¹.

وقرار آخر جاء فيه: "من اتفق على التحكيم لا يمكنه اللجوء إلى القضاء العادي، وأن الاجتهاد القضائي مستقر في مثل هذه الحالة، لأن التحكيم يكون إجبارياً باعتباره شرطاً أساسياً في العقد وملزم للطرفين، طبقاً لنص المادة 106 من القانون المدني والمطعون ضده خرق الاتفاق المبرم مع الطاعنة، وبذلك فالقرار المنتقد خرق مبدأ الاختصاص الإجباري للتحكيم ... وحيث أن المطعون ضدها عندما لجأت إلى رفع الدعوى الحالية دون أن تلجأ إلى التحكيم، كما يوجبها بذلك البند الخامس من العقد، تكون قد أخلت بالتزاماتها، والحكم والقرار المنتقد عندما سايراهما في ذلك، يكونان قد خالفا قواعد الاختصاص والمادة 106 من ق.م.إ.".²

على أن هذا القرار وإن كان قد كرس مبدأ القوة الملزمة لاتفاق التحكيم على النحو المتقدم، ونقض قرار قضاة الموضوع على أساس إخلالهم بقواعد الاختصاص، إلا أنه يأخذ عليه عدم توضيحه لهذه القواعد التي أسس عليها نقضه، مكتفياً بذكر نص المادة 106 من القانون المدني، في حين أن القواعد العامة في تقديرنا لا تكفي وحدها لتأسيس قرار النقض، دون بيان القواعد والنصوص الخاصة التي تتصل بشكل مباشر بطبيعة النزاع المعروض، وهي في قضية الحال تتعلق بالتحكيم، فكان الأولى بالمحكمة العليا في معرض نقضها للقرار، وقبل استدلالها بالقاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 106 من القانون المدني، أن تستند إلى نص المادة 1007 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية كنص خاص بالتحكيم، والذي يلزم الأطراف باتفاق التحكيم المبرم بينهما، إضافة إلى نص المادة 1045 من نفس القانون، التي تجعل المحكمة المعروض أمامها النزاع محل التحكيم غير مختصة، إذا أبدى المدعى عليه دفعه بوجود اتفاق التحكيم، ومن ثم وجوب الاستمرار في إجراءات التحكيم.

خاتمة:

نتهي مما تقدم، إلى تأكيد المبدأ الذي يسر عليه الاتجاه الحديث في فقه وقضاء التحكيم، وكذا التشريعات الحديثة ومن بينها قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، وهو إعطاء المحكم سلطة الفصل في المنازعات المتعلقة بأصل سلطته واختصاصه. فاستناداً لهذا المبدأ، تكون هيئة التحكيم هي المختصة بالفصل في كل ما يتعلق بالدفع المتعلقة بعدم اختصاصها، فهي جهة الاختصاص التي تحكم في اختصاصها، طبقاً لمبدأ الاختصاص بالاختصاص. تتنمى كما هو الحال بالنسبة للقاضي، فظالماً أن القاضي يملك سلطة التحقق من اختصاصه، فإن المحكم يملك نفس السلطة. كما أن مسألة الاختصاص مسألة فرعية، منفردة عن النزاع الأصلي، فالقاضي الذي ينظر النزاع الأصلي هو الذي ينظر النزاع الفرعي، تطبيقاً لقاعدة أن: "قاضي الدعوى هو قاضي الدفع". وقد منح المشرع الجزائري صراحة هيئة التحكيم سلطة الفصل في الدفع المتعلقة بعدم اختصاصها، إعمالاً لنص المادة 1044

¹ المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 415468، بتاريخ 2007/12/05، مجلة التحكيم، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 251.

² المحكمة العليا، الغرفة التجارية والبحرية، ملف رقم 442187، بتاريخ 2008/04/09، العدد الرابع، أكتوبر 2009، ص 246-247.

من قانون الإجراءات المدنية الإدارية الجزائري، فيكون لهيئة التحكيم دون غيرها ولاية الفصل في جميع الادعاءات التي تتناول أسس اختصاصها ونطاقه. ويمقتضى هذه القاعدة، فإنه إذا ثارت منازعة بحرية حول نطاق سلطة هيئة التحكيم، فإن هذه الأخيرة هي من يملك سلطة الفصل في هذه المنازعة، طالما أن قضاء الدولة لن يقبل نظر الدعوى وبكل ما يتعلق بالمنازعات الناشئة عنها بمجرد إبرام اتفاق التحكيم.

وتطبيقاً لذلك، فإن لهيئة التحكيم نظر النزاع حتى ولو كان أحد أطراف العلاقة بنازع في اختصاصها على أسس أن اتفاق التحكيم يعتبر باطلاً، أو عدم وجوده ابتداءً، أو سقوطه لأي سبب، كاتفاق الطرفين لاحقاً على إلغاء شرط التحكيم من عقدهما الأصلي، أو إذا أثار أحد الخصوم مسألة وجود عيب في الرضا، أو بطلان الاتفاق على التحكيم إذا كان موضوع النزاع لا يجوز التحكيم فيه، أو لمخالفته للنظام العام، أو عدم شموله لموضوع النزاع.

محل التفتيش في مجال جرائم التجارة الإلكترونية وفق القانون الجزائري

The Shop of inspection in the field of e-commerce crimes according to Algerian law

ط.د. رحال بومدين، طالب باحث في الدكتوراه،

د. سعداني نورة، أستاذة محاضرة قسم (أ).

كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة طاهري محمد، بشار، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/02/09 / تاريخ المراجعة: 2018/05/10

ملخص:

يعتبر التفتيش أهم أجراء من إجراءات قانون الإجراءات الجزائية للكشف وللتنقيب عن الأدلة سواء كانت لنفي أو لإثبات الجريمة ولربط خيوط الجريمة مع بعضها البعض وعلاقتها بالجاني، ورغم أن إجراء التفتيش ليس بجديد، لكن التفتيش في الجرائم الإلكترونية هو الجديد خاصة في الدول العربية التي لم تواجه مثل هذه الجرائم إلا في فترة قصيرة، لأن التفتيش كان ينصب على الأشياء، وهذا ما أوقع رجال القانون في تساؤل عن مشروعية وفائدة التفتيش في الكيانات المعنوية وحجيتها القانونية أمام القضاء. لذلك سنستعرض في هذا المقال إلى الأمور التي تدخل ضمن محل التفتيش، والإجراءات الواجب إتباعه عند القيام بالتفتيش، مع إظهار العقبات التي تصادف جهة التحقيق عند تنقيب عن الأدلة وكيف عالجها القانون الجزائري، وهل يمكن الاستعانة بجهات للمساعدة في التحقيق، وما هي هذه الجهات.

الكلمات الدالة:

محل التفتيش، جرائم التجارة الإلكترونية، القانون الجزائري.

Abstract :

Inspection is the most important procedure of the Code of Criminal Procedure for the detection and investigation of evidence, whether to deny or prove the crime and to link the threads of crime with each other and their relationship to the offender. Although the inspection is not new, but the inspection of cybercrime is new, especially in Arab countries that have not faced such these crimes were only in a short period of time, because the inspection was focused on things, and this caused the men of law to question the legality and usefulness of the inspection of the moral entities and their legal protection before the courts.

In this article, we will review the matters that are included in the inspection, the procedures to be followed in the course of the inspection, showing the obstacles encountered by the investigating authority when examining the evidence and how Algerian law dealt with it.

Keywords:

Inspection Shop, E-Commerce Crimes, Algerian Law.

مقدمة:

إذا كان قانون العقوبات سيف الحق ينزل عقابه على من خالف القانون وارتكب جرائم فإن قانون الإجراءات الجزائية هو الوسيلة للوصول إلى جمع الأدلة عن كل جريمة وتتبع مرتكبها لتقديمه للمحاكمة فكان التفتيش أهم إجراء فيه.

فالانتقال إلى مسرح الجريمة⁽¹⁾ أهم إجراء تقوم به جهة التحقيق للقيام بعملية التفتيش، من أجل التثبت من الأدلة وكشف عن خيوط الجريمة، فهو يسهل على جهة التحقيق للكشف عن آثار التي تركها الجريمة فضلا على ذلك الحفاظ على مسرح الجريمة من أي خطر للتلاعب به، ولن يتم هذا الانتقال إلا بعد تلقي بلاغ بوقوع الجريمة⁽²⁾، فيها تكشف الجريمة للمجتمع ويختص القضاء بمتابعتها. والتفتيش هو إجراء من إجراءات التحقيق يهدف إلى كشف وجمع الأدلة المادية، وبذلك فإن محل التفتيش ينصب على "أشياء"، فمصطلح "شيء" يثير إشكالية في شأن مشروعية التفتيش الوسيط الافتراضي يرجع في الواقع إلى تحديد المقصود بمصطلح (شيء) الذي

⁽¹⁾ **مسرح الجريمة**: يقصد به "كل محل أو وحدة من منشأة أو رقعة من الأرض تضم بؤرة الجريمة ومركزها بحيث تكون ميدانا لأنشطة الجاني أو الجناة من الفاعلين الأصليين عند ارتكاب الأفعال المؤثرة جنائيا والتي تدخل في عداد الأعمال التنفيذية المكونة للجريمة أو الشروع فيها"، كما عرفها بعض أن مسرح الجريمة "هو المكان الذي وقعت فيه الجريمة كلها أو بعضها بحيث يتخلف فيه آثار ارتكابها". **خالد ممدوح إبراهيم**: فن التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص 166-168.

⁽²⁾ الأصل أنه قبل القيام بإجراء المعاينة والتفتيش يجب تلقي بلاغات أو شكاوي، وهذا ما نجده في المادة 1/17 من قانون رقم 22_06 مؤرخ في 29 ذي القعدة عام 1427 الموافق 20 ديسمبر سنة 2006، يعدل ويتمم الأمر رقم 155_66 المؤرخ في 18 صفر عام 1386 الموافق 8 يونيو سنة 1966 والمتضمن قانون الإجراءات الجزائية، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، العدد 84 السنة الثالثة والأربعون، الأحد 4 ذو الحجة 1427هـ الموافق 24 ديسمبر سنة 2006م، بأنه: "يأمر ضباط الشرطة القضائية السلطات الموضحة في المادتين 12 و 13 ويتلقون الشكاوي والبلاغات ويقومون بجمع الاستدلالات وإجراء التحقيقات الابتدائية"، كذلك المادة 4/36 ق إ ج ج بأنه "يقوم وكيل الجمهورية بما يأتي: مباشرة أو الأمر باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للبحث والتحري عن الجرائم المتعلقة بالقانون الجزائي، أيضا فيما يخص قاضي التحقيق في نص المادة 3/38 ق إ ج ج بأنه: "ويختص بالتحقيق في الحادث بناء على طلب من وكيل الجمهورية أو شكوى مصحوبة بادعاء مدني ضمن الشروط المنصوص عليها في المادتين 67 و 73".

— رغم هذا هنالك إستثناء على هذه القاعدة هو إمكانية القيام بإجراء التحقيق والتحري بدون شكوة وهو للوقاية من الجرائم قبل وقوعها وهو ما نصت عليه المادة 3 من القانون رقم 04_09 مؤرخ في 14 شعبان عام 1430 الموافق 5 غشت سنة 2009، يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية العدد 47 السنة السادسة والأربعون، الأحد 25 شعبان عام 1430هـ الموافق 16 غشت سنة 2009م، بأنه: "مع مراعاة الأحكام القانونية التي تضمن سرية المراسلات والاتصالات، يمكن لمقتضيات حماية النظام العام أو لمستلزمات التحريات أو التحقيقات القضائية الجارية، وفقا للقواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجزائية وفي هذا القانون، وضع ترتيبات تقنية لمراقبة الاتصالات الإلكترونية وتجميع وتسجيل محتواها في حينها والقيام بإجراءات التفتيش والحجز داخل منظومة معلوماتية".

— إن أهمية البلاغ تعطي للمجني عليه ولغيره من الأفراد في جرائم الحاسوب والانترنت دورا لا يستهان به، وهو دور يثبت تعرف المجتمع عن طريق أجهزة الضبط بأن جريمة إلكترونية قد وقعت ويجب التحرك لمواجهتها بالسرعة اللازمة، ولا يجوز إهمال البلاغ المقدم للسلطة، لأن عدم تقصي البلاغ من أجهزة البحث والتحري، يؤدي إلى وقوع جرائم كبيرة كالتجسس في البورصات العالمية وتؤدي إلى انخفاض أسهمها وخسارتها. **خالد عياد الحلي**: إجراءات التحري والتحقيق في جرائم الحاسوب والانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 192.

— ولأهمية البلاغات والشكاوي، إلا أنه في أغلب الحالات لا يتم تبليغ عنها، إما لعدم اكتشاف المجني عليه، أو خشية من التشهير، لذا نجد أن معظم هذه الجرائم تم اكتشافها بالصدفة، كما يزيد من صعوبة اكتشاف الجرائم المعلوماتية ومنها جرائم التجارة الإلكترونية، أن الجهات المجني عليها غالبا ما تكون إما شركة تجارية أو مشروع صناعي ضخم وإما مصرف أو مؤسسة مالية، لذلك فهي تتكتم إن تعرضت لهذه الجرائم، ومرد ذلك يرجع إلى أنها تهتم بالحفاظ على عملاتها وعدم اهتزاز الثقة بها، أكثر من اهتمامها بكشف الجريمة والإعلان عنها، ويفضلون الترضية المالية لعملائهم حتى يتجنبوا فقدانهم، وحتى لا تتأثر سمعتهم المالية، بل وقد تلجأ الشركات المجني عليها في بعض الأحيان إلى التسوية فيما بينها وبين الجناة، كما قد يتوخى بعض المجني عليهم من عدم إتاحة الفرصة للأجهزة الأمنية من الإطلاع على معلومات لم يجر الإبلاغ عنها. **خليفة مريم**: الرهانات القانونية للتجارة الإلكترونية، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان 2012/2011، ص 370.

— وهناك من الدول أنشأت نقطة مراقبة على الانترنت مثل الولايات المتحدة الأمريكية تحت مسمى "شرطة الانترنت" web police لتلقي شكاوي مستخدمي الشبكة وملاحقة الجناة والقرصنة إلكترونيا والبحث عن الأدلة ضدهم وتقديمهم إلى المحاكمة. **جميل عبد الباقي الصغير**: الجوانب الإجرائية للجرائم المتعلقة بالانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002، ص 77.

يفترض أن يكون محل للتفتيش والضبط⁽¹⁾. مما يثير تساؤل ما مدى صلاحية الكيانات المعنية في الوسائل الإلكترونية كمحل يرد عليه التفتيش؟

والتفتيش في الجرائم المعلوماتية يكون محله كل مكونات الحاسب الآلي سواء كانت مادية أو معنوية التي تشمل برامج النظام وبرامج التطبيقات وبيانات المعالجة وغيرها، وكذلك تشمل شبكات الاتصال الخاصة به، بالإضافة إلى الأشخاص الذين يستخدمون الحاسب الآلي⁽²⁾.

رغم هذا فإن التفتيش في مجال المعلوماتية يتطلب مهارة قد لا تكون للمحققين لخصوصية هذه الجرائم واتصافها باللامادية، مما يطر جهات التحقيق بالاستعانة ممن له خبرة في هذا المجال.

وعلى ضوء هذا سنتطرق إلى جوانب الذي يشملها التفتيش وتدخل ضمن محله، وهي حسب التقسيم التالي، حيث نتطرق إلى تفتيش الأشخاص والأماكن كمحل لإجراء التفتيش (المطلب الأول)، ثم تفتيش الكيان المادي والمعنوي للكمبيوتر (المطلب الثاني)، والجهات التي يجوز اللجوء إليها للمساعدة في التحقيق (المطلب الثالث).

المطلب الأول: تفتيش الأشخاص والأماكن.

قد ينصب التفتيش على الأشخاص بصفتهم مشتبه بهم أو الأماكن التي يتصور وقوع الفعل الإجرامي فيها، وعليه سنتطرق بشكل من التوسع إلى تفتيش الأشخاص (الفرع الأول)، ثم تفتيش الأماكن (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تفتيش الأشخاص.

يمكن أن تطال معاملة التفتيش شخص المشتكى عليه، بحثا عن كل دليل يكشف الحقيقة، من الأوراق المستخدمة في الجريمة أو مخرجاتها، كما تشمل ملابس المشتكى عليه، وما يحمله من متاع وأدوات وحقائب⁽³⁾. والشخص بوصفه محلا لتفتيش نظم الحاسب الآلي قد يكون من مستغلي أو مستخدم الكمبيوتر، من فئة المختصين كخبراء البرامج ومهندسي الصيانة والاتصالات، أو من أي شخص آخرين يكون بحوزتهم أجهزة أو معدات معلوماتية أو أجهزة حاسب آلي محمول أو تلفونات متصلة بجهاز المودم أو مستندات⁽⁴⁾. كما لا يشترط في الأشياء التي توجد عند المتهم أن تكون مملوكة له وإنما يكفي أن يكون حائزا لها كما لا يشترط أن تكون في يده وقت التفتيش بل يكفي أن تكون أمامه في طريق عام طالما أن الظاهر الحال لا يوحي بأنه قد تخلى عنها كما لا يشترط أن تأخذ شكلا معيناً⁽⁵⁾.

كما يمكن أن يكون هذا الشخص أنثى فيجب أن يتم بواسطة أنثى، يستعين بها القائم بالتفتيش متى كان في المواضع الجسمانية التي لا يجوز له الاطلاع عليها، لأنها تمس الحياء وذلك حماية للأدب العامة ومخالفة هذا المبدأ تبطل التفتيش بطلانا يتعلق بالنظام العام، أما فتح يد المتهمه مثلا وأخراج ما عندها فهو تفتيش صحيح⁽⁶⁾؛ ولقد نصت المادة 1/335 ق إ ج ج بأنه " يعاقب بالسجن المؤقت من خمس إلى عشر سنوات كل من ارتكب فعلا محلا بالحياء ضد إنسان ذكر كان أو أنثى بغير عنف أو شروع في ذلك ".

(1) طارق محمد الجملي: الدليل الرقمي في مجال الإثبات الجنائي، ورقة عمل مقدمة مقدمة للمؤتمر المغاري الأول حول المعلومات والقانون، طرابلس 28_29/10/2009، ص7.

(2) عبد الناصر محمد محمود فرغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماوي: الإثبات الجنائي بالأدلة الرقمية من الناحيتين القانونية والفنية دراسة تطبيقية مقارنة، المؤتمر العربي الأول لعلوم الأدلة الجنائية والطب الشرعي، الرياض، 12_14/11/2007، ص20.

(3) أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزغي، صايل فاضل الهواوشة: جرائم الحاسب الآلي والانترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للطباعة والنشر عمان، 2001، ص274.

(4) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص214، 215.

(5) بكرى يوسف بكرى: التفتيش عن المعلومات في وسائل التقنية الحديثة، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص97.

(6) أحمد شوقي الشلقاني: مبادئ الإجراءات الجزائية في التشريع الجزائري، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات، الجامعية، الطبعة الخامسة، الجزائر 2010، ص243.

وقد يكون الشخص هنا شخص معنوي، فتطبق عليه قواعد المتابعة في التحقيق وفق هذا القانون⁽¹⁾ كما قد يتابع الأشخاص الطبيعيين الذين قاموا بأفعال غير مشروعة لمصلحة للشخص المعنوي في الوقت ذاته وتكون الجهة المختصة الجهة التي رفعت أمامه دعوى ضد الأشخاص الطبيعيين، وهذا ما نصت عليه المادة 65 مكرر 1 ق إ ج ج على أنه: " يتحدد الاختصاص المحلي للجهة القضائية بمكان ارتكاب الجريمة أو مكان وجود المقر الاجتماعي للشخص المعنوي؛ غير أنه إذا تمت متابعة أشخاص طبيعية في الوقت ذاته مع الشخص المعنوي، تختص الجهات القضائية المرفوعة أمامها دعوى الأشخاص الطبيعية بمتابعة الشخص المعنوي "

الفرع الثاني: تفتيش الأماكن.

وهنا يجب التفريق بين الأماكن العامة والخاصة.

أولا: تفتيش الأماكن العامة.

هي الأماكن التي يرتدها العامة في كل وقت ولا تتمتع بحجرة المنزل ومن الضروري تمييز بين نوعين من الأماكن العامة (الأماكن العامة بطبيعتها وأخرى بالتخصيص أو المصادفة)، فالأولى له هذه الصفة على الدوام مثل الشوارع والحدائق العامة أما الثانية فيرتادها الجمهور في أوقات محددة كالمقاهي والمطاعم، وبذلك يمكن دخولها خلافاً للأماكن الخاصة التي يجب فيها احترام حرمة المساكن، فإذا ما تم غلقها لانتهاؤ فترة العمل تأخذ طابع الخصوصية⁽²⁾.

ثانياً: تفتيش الأماكن الخاصة.

وهنا قد يقع التفتيش مسكن الشخص المشتكى عليه، يقصد بالمسكن كل مكان يرتبط بالحياة الخاصة لصاحبه ويقتصر الانتفاع به عليه، فهو كل مكان يقيم فيه الشخص بصفة دائمة أو مؤقتة، وكذلك توابع ذلك المكان كالحديقة والحظيرة والمخزن، كذلك حتى المحل العام تصبح له حصانة المسكن عند إغلاقه⁽³⁾؛ كما عرفته المادة 355 ق ع بأنه "يعد منزلاً مسكوناً كل مبنى أو دار أو غرفة أو خيمة أو كشك ولو متنقل متى كان معداً للسكن وإن لم يكن مسكوناً وقتذاك وكافة توابعه مثل الأحواش وحظائر الدواجن وخازن الغلال والإسطبلات والمباني التي توجد بداخلها مهما كان استعمالها حتى ولو كانت محاطة بسياح أو السور العمومي".

ويدخل في حكمها تفتيش نظم الحاسب الآلي كافة محال الإقامة المأوى متى ما وجدت فيها مكونات الكمبيوتر، سواء كانت مكونات مادية أو منطقية أو شبكات اتصال خاص، وهنا تكون عملية التفتيش لذات شروط وقواعد إجراءات تفتيش المنازل⁽⁴⁾.

فقد اشترط المشرع لتفتيش هذه المنازل ومعاينتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة، بتوافر رضا الصريح للشخص الذي استخدم ضده هذا الإجراء، ويكون هذا التصريح مكتوب بخط يد صاحبه، وهذا التفادي طعن في الإجراءات التي يتم القيام بها من قبل هذا الشخص، إذا كان التصريح مكتوب بآلة راقنة بدعائه أنه لم يكتبه؛ كما تفتن المشرع لحالة عدم إمكانية الشخص للكتابة فأعطى حل بأن يختار شخص آخر بنفسه ويذكر ذلك في محضر إلى رضاه، أما فيما يخص الجرائم الماسة بأنظمة المعالجة الآلية للمعطيات تطبق أحكام المادة 47

(1) تنص المادة 65 مكرر ق إ ج ج بأن: " تطبق على الشخص المعنوي قواعد المتابعة والتحقيق والحاكمة المنصوص عليها في هذا القانون، مع مراعاة الأحكام الواردة في هذا الفصل".

(2) زبيحة زيدان: الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، الجزائر، 2011، ص 134.

(3) أحمد شوقي الشلقاني: مرجع سابق، ص 242.

(4) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 215.

مكرر ق إ ج ج⁽¹⁾، هذا في حالة التحقيق الابتدائي أما في حالة التلبس فإنه لم يشترط رضا الشخص وفق ما جاء في نص للمادة 44 ق إ ج ج سالف الذكر.

أما إذا حصل التفتيش في مسكن غير مسكن المتهم يجب استدعاه ليكون حاضرا وقت التفتيش، وإذا كان غائبا أو رفض الحضور يجري التفتيش بحضور اثنين من أقاربه أو أوصهاره الحاضرين بمكان التفتيش فإن لم يوجد أحد منهم فحضور شاهدين بشرط أن لا يكونوا تابعين للجهة التحقيق⁽²⁾. ووفقا لهذه الحالة عند معاملة الحاسب الآلي معاملة المنزل يجب اتباع الإجراءات التالية⁽³⁾:

1- يلزم مالك الحاسب الآلي أو مستغله بتزويد الجهة المختصة بالتفتيش بآلية الدخول إلى محتوى الحاسب الآلي المعنوية أي كلمة السر للدخول للحاسب، تماما على أساس اعتبارها مفتاح البيت.

2- تملك للجهة المختصة حق التجوال داخل محتويات الحاسب الآلي (الملفات)، بحيث يشمل كل مكان يمكن أن يحتوي على دليل، كما تملك التجوال في غرف المنزل بموجب إذن التفتيش بما لها من سلطة تفتيش بحثا عن الأدلة.

3- تضبط الجهة المختصة كل ما يظهر لها من أدلة تؤيد التهمة أو البراءة، كما تملك ضبط أي أدلة لجريمة أخرى أو أي أشياء يحضر اقتناؤها، طالما كان اكتشافها بصورة عرضية.

4- يحق للجهة التفتيش استخدام أي نظام أو وسيلة ممكن لتفتيش الحاسب الآلي، كنسخ محتواه على أوراق أو تسجيلها وغير ذلك.

المطلب الثاني)- تفتيش الكيان المادي والمعنوي للكمبيوتر.

ولخصوصية جرائم المعلوماتية وتعلقها بوسائل الاتصالات الحديثة، قد تكون هذه الوسائل هدفا للجريمة بمختلف صورها، كما قد تكون أداة الجريمة أو مخزن للمواد الجريمة، حيث يلجأ بعض المجرمين إلى تخزين البيانات والمعلومات الخاصة بالجريمة في مكان آخر أما داخل أو خارج الدولة. وعلى ضوء ما سبق وخاصة الصورة الأخيرة عندما تكون هذه الوسائل الحديثة أداة للجرائم كان لا بد أن يشملها التفتيش، حيث ينصب محله على الكيانات المادية والمنطقية لهذه الوسائل. لذا سنتعرض لتفتيش الكيان المادي للكمبيوتر باعتباره أكثر الوسائل استعمالا ليخفي المجرم شخصيته ومكانه في (الفرع الأول)، ثم تفتيش الكيان المعنوي للكمبيوتر (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تفتيش الكيان المادي للكمبيوتر.

أما البحث عن معلومات ارتكبت بوسائل التقنية الحديثة والتي تفيد في الكشف عن الحقيقة أمر لا يثير خلاف بين الفقه إذا كانت هذه المعلومات موجودة في إطار مادي، نظرا لعدم تعارضها مع التفتيش التقليدي لأنه يمثل في ذاته بحثا عن الأدلة المادية، ولكل ما يتطلبه في هذه الحالة من إجراءات التفتيش هو أن يتم وفق القواعد العامة التي تحكم التفتيش⁽⁴⁾. أما المكونات المادية للكمبيوتر المحمول

(1) تنص المادة 64 ق إ ج ج بأنه: " لا يجوز تفتيش المساكن ومعاينتها وضبط الأشياء المثبتة للتهمة إلا برضاء صريح من الشخص الذي ستتخذ لديه هذه الإجراءات، ويجب أن يكون هذا الرضا بتصريح مكتوب بخط يد صاحب الشأن، فإن كان لا يعرف الكتابة فبإمكانه الاستعانة بشخص يختاره بنفسه، ويذكر ذلك في المحضر مع الإشارة إلى رضاه؛

وتطبق فضلا عن ذلك أحكام المواد من 44 إلى 47 من هذا القانون؛ (=)

(=) غير أنه عندما يتعلق الأمر بتحقيق في إحدى الجرائم المذكورة في المادة 47 (الفقرة 3) من هذا القانون، تطبق الأحكام الواردة في تلك المادة وكذا أحكام المادة 47 مكرر."

(2) تنص المادة 1/83 ق إ ج ج بأنه: " إذا حصل التفتيش في مسكن غير مسكن المتهم استدعي صاحب المنزل الذي يجري تفتيشه ليكون حاضرا وقت التفتيش فإذا كان ذلك الشخص غائبا أو رفض الحضور أجري التفتيش بحضور اثنين من أقاربه أو أوصهاره الحاضرين بمكان التفتيش فإن لم يوجد أحد منهم فيحضر شاهدين لا تكون ثمة بينهم وبين سلطات القضاء أو الشرطة تبعية."

(3) أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزعبي، صايل فاضل الهوامشة: مرجع سابق، ص 279، 280.

(4) بكري يوسف بكري: مرجع سابق، ص 70.

والتلفون المحمول وغيرها، فهي تخضع لقواعد تفتيش الأشخاص، وهنا يجب التفريق بين الأشخاص إذا كان متهم أو شخص غير متهم حيث يجب مراعاة القواعد الخاصة لكل حالة على حدة، كما يجب التفريق بين ما إذا كانت هذه المكونات المادية لهذه الأجهزة متصلة بنهاية طرفية موجودة مع شخص آخر، حيث تخضع لقواعد الشخص غير المتهم، أو بنهاية موجودة في مكان آخر حيث تخضع لقواعد التفتيش الأماكن بالنسبة لهذه النهاية الطرفية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: تفتيش الكيان المعنوي للكمبيوتر.

أما البيانات الإلكترونية ليس لها مظهر مادي ملموس، ومع ذلك فيمكن أن يرد التفتيش عليه عن طريق لوسائط الإلكترونية لحفظها وتخزينها كالأسطوانات والأقراص الممغنطة، ومخرجات الحاسب، لهذا فقد أجاز الفقه والتشريعات إمكانية أن يكون محل التفتيش البيانات المعالجة آليا، والمخزنة بالحاسب الآلي، ثم ضبطها والتحفيز عليها، أو ضبط الوسائط الإلكترونية التي سجلت عليها هذه البيانات، وعلى ضوء هذا تخضع لما يخضع له للتفتيش بمعناه التقليدي من ضوابط وأحكام⁽²⁾.

فذهب رأي في الفقه على إمكانية التفتيش في المكونات المنطقية لجهاز الكمبيوتر – البرامج – وضبط البيانات الإلكترونية بمختلف أشكالها، واستندوا على أن القوانين الإجرائية عندما تنص على إصدار الإذن بضبط "أي شيء"، فإن ذلك يجب تفسيره بحيث يشمل بيانات الكمبيوتر المحسوسة وغير المحسوسة⁽³⁾.

ومن بين هذه التشريعات القانون الإجرائي الجنائي اليوناني في مادته 251 التي تجيز لسلطة التحقيق أن تتخذ أي إجراء أو شيء يكون لازما لجمع الدليل، ففسر الفقه اليوناني عبارة "أي شيء" بأنها تشمل جميع بيانات الحاسب الآلية المادية والمعنوية سواء أكانت هذه البيانات مخزنة في حاملتها أم كانت معالجة آليا في الذاكرة الداخلية⁽⁴⁾.

بينما يذهب رأي آخر إلى عدم اعتبار البيانات الحاسب غير المرئية أو غير الملموسة شيئا، لأن المقصود بلفظ الشيء هو ما كان ماديا أي ملموسا، مما يجعل تفتيش الوسيط الافتراضي وضبط محتواه مخالفا للقانون، لذا أقرح هذا الرأي لمواجهة هذا القصور التشريعي أن يتم تعديل النصوص الخاصة بالتفتيش وذلك بأن يضاف إليها ما يجعل التفتيش يشمل⁽⁵⁾.

ويذهب رأي آخر أن المكونات المعنوية لا تختلف عن الكيان المادي للحاسب الآلي من حيث خضوعها لأحكام التفتيش، على أساس أن البيانات عبارة عن نبضات إلكترونية تمثل رقمين صفر أو واحد قابلة للتخزين على أوعية أو وسائط مادية كالأشرطة الممغنطة مثلا، كذلك يمكن تقديرها وقياسها بوحدات قياس خاصة معروفة، وعلى هذا الأساس تكون صالحة كموضوع للضبط والتفتيش شأنها شأن الوسائط المادية ذاتها⁽⁶⁾. ويرجع رأي هذا الفقه إلى عدم الخلط بين الحق الذهني للشخص على البرامج والكيانات المنطقية وبين

(1) نفس المرجع، ص 70.

(2) محمد أبو العلا عقيدة: التحقيق وجمع الأدلة في مجال الجرائم الإلكترونية: المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية منظم المؤتمر: أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، دبي – الإمارات العربية المتحدة، 26_28 نيسان 2003، ص 13، 14.

(3) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 197.

(4) علي محمود علي محمود: الأدلة المتحصلة من الوسائل الإلكترونية في إطار نظرية الإثبات الجنائي، المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي ومركز البحوث والدراسات بتاريخ 26_28 نيسان، دبي، 2003، ص 33.

(5) طارق محمد الجملي: مرجع سابق، ص 8.

(6) موسى مسعود ارحومة: الإشكاليات الإجرائية التي تثيرها الجريمة المعلوماتية عبر الوطنية، المؤتمر المغاربي الأول حول المعلوماتية والقانون من 28_29 أكتوبر، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، 2009، ص 7.

— وخلاف لهذا الرأي قضت محكمة الاستئناف بباريس الدائرة 3 عام 1997 بالقول "بأن النبضات أو الإشارات الإلكترونية الممغنطة المعبرة عن المعلومات لا تعد من قبل الأشياء المحسوسة وبالتالي لا تعتبر شيئا ماديا". زبيحة زيدان: مرجع سابق، ص 136.

طبيعة هذه البرامج والكيانات، وإنما يتعين الرجوع في ذلك إلى تحديد مدلول كلمة المادة في العلوم الطبيعية فإذا كانت المادة تعرف بأنها كل ما يشغل حيزا ماديا في الفراغ معين وأن الحيز يمكن قياسه والتحكم فيه وكذلك الكيانات المنطقية أو البرامج لأنها تشغيل حيز في ذاكرة الكمبيوتر ويمكن قياسها بمقياس معين، لذلك فهي تتشابه مع التيار الكهربائي الذي اعتبره الفقه والقضاء في فرنسا ومصر من قبل الأشياء المادية⁽¹⁾.

ويوجد رأي آخر نأى بنفسه عن البحث عما إذا كان مصطلح شيء يشمل البيانات المعنوية، فذهب إلى العبرة بالواقع العملي والذي يتطلب أن يقع الضبط على بيانات الكمبيوتر إذا اتخذت شكلا ماديا⁽²⁾. ولذلك نجد أن القسم 94 من قانون الإجراءات الجنائية الألمانية ينص على أن "الأدلة المضبوطة يجب أن تكون ملموسة"، وهي بذلك تشمل كل من نظم الكمبيوتر والدعامات التي تحمل عليها البيانات، وفي حالة كانت هذه البيانات منفردة عن الدعامات لا تعد أشياء ولكي يمكن ضبطها، يجب طبع هذه البيانات فإن مطبوعاتها تعد من الأشياء الملموسة⁽³⁾.

وباستقراء موقف التشريعات الحديثة نجدها تسير وفق هذا الاتجاه، بحيث أضحت المكونات للحاسب الآلي ضمن الأشياء التي تصلح أن تكون محلا للتفتيش والضبط، وهذا ما تنهجه المشرع الأمريكي على سبيل المثال في المادة 34 من القواعد الفيدرالية الخاصة بالإجراءات الجنائية الصادر سنة 1970 بعد تعديلها بمد نطاق التفتيش ليشمل ضمن ما يشمل أجهزة الحاسب الآلي وأوعية التخزين والبريد الإلكتروني والصوتي والمنقول عن طريق الفاكس⁽⁴⁾.

أما المشرع الجزائري فقد فصل في هذا الجدل ونص على تفتيش الكيان المعنوي للكمبيوتر في نص المادة 1/5 من قانون 04_09 على أنه "يجوز للسلطات القضائية، في إطار قانون الإجراءات الجزائية وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه، الدخول، بغرض التفتيش، ولو عن بعد، إلى:

أ- منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المخزنة فيها.

ب- منومة تخزين معلوماتية".

وفي خصوص محال التفتيش قد يصادف المحققين عدة حالات تختلف من حالة إلى أخرى كالتالي:

أولاً- تفتيش حاسب آلي منفرد.

والحاسب الآلي بمكوناته المعنوية قد يكون محلا لارتكاب جريمة ما، كجرائم تزيف النقد بواسطة تقنية الحاسب الآلي، وجرائم التزوير وتقليد العلامات التجارية المحمية، في كل الأحوال ما دام أن الجريمة الواقعة لها علاقة بالحاسب الآلي فإنه يمكن إصدار إذن قضائي بتفتيش الحاسب الآلي بحثا عن الأدلة⁽⁵⁾.

ثانيا: تفتيش حاسب آلي مرتبط بآخر.

ففي هذا الفرض يكون حاسب الجاني مرتبط بحاسب آخر وليس مستقل، فهنا يثور تساؤل هل يمتد هذا التفتيش إلى جهاز آخر؟ أضف إلى ذلك قد يكون هذه الجهاز مرتبط بآخر داخل الدولة أو خارجها.

(1) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 199.

(2) حسين بن سعيد الغافري: الجرائم الواقعة على التجارة الإلكترونية، سلطنة عمان مسقط 2006، ص 12. www.minshawi.com.

(3) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 198.

(4) موسى مسعود ارحومة: مرجع سابق، ص 7، 8.

(5) أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزعبي، صايل فاضل الهوامشة: مرجع سابق، ص 278.

ولقد تفتن المشرع الجزائري إلى هذه الحالة ونص في المادة 1/5 من قانون 04_09 على أنه: "يجوز للسلطات القضائية المختصة وكذا ضباط الشرطة القضائية، في إطار قانون الإجراءات الجزائية وفي الحالات المنصوص عليها في المادة 4 أعلاه، الدخول، بغرض التفتيش، ولو عن بعد، إلى:

أ- منظومة معلوماتية أو جزء منها وكذا المعطيات المعلوماتية المخزنة فيها.

ب- منظومة تخزين معلوماتية".

ومن خلال نص المادة يفهم أن تفتيش شبكات الاتصال الإلكترونية التفتيش عن بعد، رغما ما تثيره من إشكالات قانونية قد تمس سيادة دولة أخرى أو خصوصية الأفراد وحرياتهم، وعلى ضوء هذا يجب علينا تطرف إلى كل حالة على حدى كالتالي:

أ- تفتيش الحاسب الآلي مرتبط بأخر داخل الدولة:

قد تصادف جهة التحقيق عند تفتيش جهاز الجاني متصل بجهاز حوسب آخر يكون داخل الدولة وهذه الحالة يتبعها الجناة لإخفاء هويتهم والأدلة التي ستستعمل ضدهم، أيضا توجده جهة التحقيق عائق آخر هو أذن بالتفتيش والذي يسمح لهم في تفتيش ما حدد فيه من محل التفتيش.

ففي هذه الحالة يرى الفقه الألماني إمكانية امتداد التفتيش إلى سجلات البيانات التي تكون في موقع آخر وفق القسم 103 من قانون الإجراءات الجزائية الألماني، كما أن هذا الرأي وجد إرهابا في نص المادة 88 من قانون تحقيق الجنايات البلجيكي التي تنص على "إذا أمر قاضي التحقيق بالتفتيش في نظام معلوماتي، أو في جزء منه فإن هذا البحث يمكن أن يمتد إلى نظام معلوماتي آخر في مكان آخر غير مكان البحث الأصلي، ويتم هذا الامتداد وفقا لضابطين:

1- إذا كان ضروريا لكشف الحقيقة بشأن الجريمة محل البحث.

2- إذا وجدت مخاطر تتعلق بضياح بعض الأدلة نظرا لسهولة عملية محو أو إتلاف أو نقل البيانات محل البحث" (1).

وأبضا ما أتجه إليه المشرع الفرنسي في إمكانية أن يمتد محل التفتيش من نظام معلوماتي إلى آخر في نص المادة 17/أ من القانون الفرنسي رقم 239 لسنة 2003 بشأن الأمن الداخلي على أنه "يجوز لرجال الضبط القضائي من درجة ضابط وغيرهم من رجال الضبط القضائي أن يدخلوا عن طريق الأنظمة المعلوماتية المثبتة في الأماكن التي يتم فيها التفتيش على البيانات التي تتم التحقيق والمخزنة في النظام المذكور أو في أي نظام معلوماتي آخر مادامت هذه البيانات متصلة في شبكة واحدة مع النظام الرئيس أو يتم الدخول إليها أو تكون متاحة ابتداء من النظام الرئيس" (2).

(1) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 203، 204.

__ تملك الجهة التفتيش البحث عن الأدلة الجرمية الحق على طول شبكات الاتصال المحلية ولكن بشرطين:

1_ مراعاة أن أساس امتداد السلطة بالتفتيش هنا هو احتمال وجود أدلة جرمية تساهم في ظهور الحقيقة، وبالتالي يجب أن تكون المعلومات الموجودة على الحاسب الآخر مفيدة للحقيقة.

2_ مراعاة ضوابط وشروط المقررة قانونا للأمكنة التي يصادف وجود الحواسيب الأخرى المتصلة بالحاسب الآلي الأسس فيها، كوجودها في مكان يتمتع بالحصانة الدبلوماسية، أو مكان للسكن، أو مكان لشخص آخر غير المشتكي عليه، ونحو ذلك. أسامة أحمد المناعسة، جلال محمد الزعبي، صايل فاضل الهوامشة: مرجع سابق، ص 281.

(2) شيماء عبد الغني محمد عطا الله: الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية (دراسة مقارنة بين النظامين اللاتيني والأنجلوأمريكي)، برلين للطباعة 2012_2013، ص 299.

أما المشرع الجزائري فقد المادة 2/5 من قانون رقم 04_09 على أنه " في حالة المنصوص عليها في الفقرة "أ" من هذه المادة، إذا كانت هناك أسباب تدعو للاعتقاد بأن المعطيات المبحوث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وأن هذه المعطيات يمكن الدخول إليها، انطلاقا من المنظومة الأولى، يجوز تمديد التفتيش بسرعة إلى هذه المنظومة أو جزء منها بعد إعلام السلطة القضائية المختصة مسبقا بذلك". وبإستقراء نص المادة نجد أن المشرع أشتراط في هذه الحالة شرطين:

1- هو اعتقاد جهة التحقيق بأن المعطيات المراد البحث عنها مخزنة في منظومة معلوماتية أخرى وفي هذا الشرط لم يشدد المشرع فيه بل جعل مجرد الشك موجب للتفتيش.

2- إمكانية الوصول للمعطيات انطلاقا من المنظومة الأولى إلى الثانية.

3- وجوب إعلان السلطة القضائية مسبقا بذلك، ففي هذا الشرط نجد أن المشرع ذكر بأنه "يجوز تمديد التفتيش بسرعة إلى هذه المنظومة أو جزء منها" وهذا بعد إعلام السلطة القضائية المختصة، فقد فرض أن يكون التفتيش بسرعة ولن يتأت هذا إلا إذا كان تمديد شفويا وهذا للحفاظ على المعطيات وخوفا من أن يقوم الجاني بطمسها أو محوها.

ب)- تفتيش الحاسب الآلي مرتبط بأخر خارج الدولة

ويكون هذا في حالة اتصال حاسب المتهم بحاسب آخر أو نهاية طرفية موجودة في مكان آخر خارج الدولة، حيث يقوم مرتكبي الجرائم بتخزين بياناتهم في منظومة تقنية خارج الدولة مستخدمين في ذلك شبكة الاتصالات البعيدة مستهدفين عرقلة الجهة التحقيق في جمع الأدلة والتحقيقات⁽¹⁾.

وقد ذهب رأي إلى رفض امتداد التفتيش على أساس أن هذا ينطوي على انتهاك لسيادة دولة أخرى، ومن ثم فالأمر يتطلب لجوء سلطات التحقيق إلى سلوك الإجراءات المعتادة بطلب المساعدة القضائية أو الإنابة القضائية من السلطات الموازية في الدولة الأخرى⁽²⁾. وهذا الرأي يجد صدا له في القضاء الألماني، في إحدى قضايا تتعلق بالغش المعلوماتي، وهذا بعد التحري أسفرت عن وجود حاسب في ألمانيا مرتبط بشبكة اتصالات في سويسرا يتم تخزين بيانات المعلومات فيها، فلم تتمكن سلطات التحقيق من الحصول على هذه المعلومات إلا من خلال طلب المساعدة المتبادلة من سويسرا، وتأييد لهذا الرأي يرى الفقه المجري أن الاشتراك في المنظمة الدولية للبوليس الجنائي L'organisation internationale de police والتي تعرف اختصارا باسم "الانتربول L'Interpol" لا يصير صعوبات أمام الشرطة في الحصول على أي بيانات أو معلومات مخزنة على شبكة اتصالات في أي دولة أخرى⁽³⁾.

ومع ذلك نجد أن الاتفاقية الأوروبية بشأن الجرائم المعلوماتية والتي أعدها المجلس الأوروبي وتم التوقيع عليها في بودابست في 2001/11/23 في المادة 32 على إمكانية الدخول بغرض التفتيش والضبط في أجهزة أو شبكات تابعة لدولة أخرى بدون إذنها في حالتين: الأولى إذا تعلق التفتيش بمعلومات أو بيانات مباحة للجمهور، والثانية إذا رضى صاحب أو حائز هذه البيانات بهذا التفتيش⁽⁴⁾. وجانب من الفقه يتطلب ليتمدد التفتيش إلى خارج الدولة أن يتم في إطار اتفاقيات خاصة ثنائية أو دولية تجيز هذا الامتداد تعقد بين الدول المعنية، وبذلك لا يمكن القيام بالتفتيش العابر الحدود إلا بوجود هذه الاتفاقية أو على الأقل الحصول على إذن الدولة الأخرى⁽⁵⁾.

(1) حسين بن سعيد الغافري: مرجع سابق، ص13.

(2) موسى مسعود ارحومة: مرجع سابق، ص10.

(3) بكري يوسف بكري: مرجع سابق، ص82، 83.

(4) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص206.

(5) حسين بن سعيد الغافري: مرجع سابق، ص13.

أما موقف المشرع الجزائري فقد نص في المادة 3/5 من قانون رقم 04_09 على أنه: "إذا تبين مسبقاً بأن المعطيات المبحوث عنها والتي يمكن الدخول إليها انطلاقاً من المنظومة الأولى، مخزنة في منظومة معلوماتية تقع خارج الإقليم الوطني، فإن الحصول عليها يكون بمساعدة السلطات الأجنبية المختصة طبقاً للاتفاقيات الدولية ذات الصلة ووفقاً لمبدأ المعاملة بالمثل".

وعلى سبيل المثال نجد اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي تنص في المادة 14 بأنه: "لكل طرف متعاقد أن يطلب إلى أي طرف متعاقد آخر أن يقوم في إقليمه نيابة عنه بأي إجراء قضائي متعلق بدعوى قائمة وبصفة خاصة سماع شهادة الشهود وتلقي تقارير الخبراء ومناقشتهم، وإجراء المعاينة وطلب تحليف اليمين"⁽¹⁾.

المطلب الثالث: اللجوء إلى المساعدة في التحقيق.

فقد أجاز المشرع للسلطات التحقيق إلى اللجوء إلى المساعدة المواجهة وتبعية الجرائم المعلوماتية لكشف الحقيقة من جهة، ولخصوصية هذه الجرائم من جانب الفني كان لا بد من الاستعانة بأهل الاختصاص ولذلك سمح القانون لكل من وكيل الجمهورية وقاضي التحقيق وضباط الشرطة القضائية بإذن أو إنابة أن يلجأ إلى هيئات مختصة أو إلى أشخاص محددين.

لذا سنوضح أولاً الجهات التي يستعان بها للكشف عن الجرائم في (الفرع الأول)، ثم نتقل إلى ثانياً الجهة التي له الحق في طلب الخبرة (الفرع الثاني)، ثم إلى الشروط الواجب توافرها قبل القيام بالخبرة (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الجهات التي يستعان بها للكشف عن الجرائم.

أولاً: تعاون مزود الخدمات مع السلطات المكلفة بالتحريات القضائية.

لقد سمحت غالبية التشريعات لجهات التحقيق في الاستعانة بأشخاص يساعدونهم في تحري والتحقيق وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/10 من قانون رقم 04_09 بأنه " في إطار تطبيق أحكام هذا القانون يتعين على مقدم الخدمات تقديم المساعدة للسلطات المكلفة بالتحريات القضائية لجمع وتسجيل المعطيات المتعلقة بمحتوى الاتصالات في حينها وبوضع المعطيات التي يتعين عليهم حفظها وفقاً للمادة 11 أدناه، تحت تصرف السلطات المذكورة".

وقد تضمن القانون الفرنسي المسمى بالأمن اليومي لسنة 2001 نصاً في المادة 29 إلزام مؤدى خدمات بتسجيل البيانات المتعلقة بالاتصالات وحفظها لمدة سنة وذلك لأنها قد تفيد في بحث أو تقرير أو متابعة تحقيقات جنائية، كما حدد البيانات التي يجب تسجيلها كعنوان الانترنت بروتوكول⁽²⁾، وعناوين الرسائل الإلكترونية المرسل والمستقبل، وعناوين المواقع التي تم زيارتها⁽¹⁾.

(1) المادة 14 من المرسوم رئاسي رقم 47_01 مؤرخ في 17 ذي القعدة عام 1421 الموافق 11 فبراير سنة 2001، يتضمن التصديق على اتفاقية الرياض العربية للتعاون القضائي الموقعة في الرياض بتاريخ 23 جمادى الثانية عام 1403 الموافق 6 أبريل سنة 1983، وكذا تعديل المادة 69 من الاتفاقية الموقعة عليه في 26 نوفمبر سنة 1997 من طرف مجلس وزراء العرب في دور انعقاده العادي الثالث عشر، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 11، السنة الثامنة والثلاثون، الإثنين 18 ذو القعدة عام 1421 هـ، الموافق 12 فبراير سنة 2001م.

(2) رغم النص على تسجيل عناوين الانترنت بروتوكول للتمكن من معرفة أماكن الأجهزة المتراصلة، فإنه يعترضه عدة صعوبات فنية كاستخدام بروتوكول TCP/IP في الإثبات وهي كما يلي:

1_ بروتوكول IP وحدة معلوماتية تحتوي على معلومات عن الحاسوب وليس عن الأشخاص، ولذلك يصعب تحديد شخص محدد بالذات بقيمه بأفعال غير مشروعة، ومع ذلك يمكن أن يستخدم كقرينة قضائية ضد مالك الجهاز إلى أن يثبت العكس.

2_ حينما يعتمد الجاني في ملف خدمات عامة لتجنب التعرف عليهم، بحيث يستخدم مزود خدمة ذي حجم مستخدمين كبير فالجزم سوف يوقع باستخدام عنوان IP ويمكن للآخرين في ذات الوقت من استخدام نفس العنوان، وبعد مرور فترة زمنية يقوم بقطع الاتصال وبعد فترة يعاود الاتصال مما يجعل نشاطه الإجرامي موزع على عدة عناوين لل IP.

وأيضاً ما نص عليه المشرع الجزائري في نص المادة 1/11 و2 من قانون 04_09 بتحديد البيانات الواجب حفظها وهي: " أ- المعطيات التي تسمح بالتعرف على مستعملي الخدمة؛
ب- المعطيات المتعلقة بالتجهيزات الطرفية المستعملة للاتصال؛
ج- الخصائص التقنية وكذا تاريخ، ووقت ومدة كل اتصال؛
د- المعطيات المتعلقة بالخدمات التكميلية المطلوبة أو المستعملة ومقدميها؛
هـ- المعطيات التي تسمح بالتعرف على المرسل إليه أو المرسل إليهم الاتصال وكذا عناوين المواقع المطع عليها بالنسبة لنشاطات الهاتف، يقوم المتعامل بحفظ المعطيات المذكورة في الفقرة " أ " من هذه المادة وكذا تلك التي تسمح بالتعرف على مصدر الاتصال وتحديد مكانه ".
كما حدد مدة الحفظ بسنة واحدة ابتداء من تاريخ التسجيل، وبذلك يكون مقدم الخدمات حلاً من التزامه بعد مرور سنة إذا حذفها بعد ذلك(2).

أيضاً نصت المادة 2/10 من قانون رقم 04_09 بأنه: " ويتعين على مقدمي الخدمات كتمان سرية العمليات التي ينفذونها بطلب من المحققين وكذا المعلومات المتصلة بها وذلك تحت طائلة العقوبات المقررة لإفشاء أسرار التحري والتحقيق ".
وبذلك يتعين على مزودي الخدمات كتمان سرية البيانات الشخصية المتعلقة بالمستخدمين حتى تلك التي تتعلق بممارسة الأعمال التجارية، حيث يمكن تقديم تلك البيانات كدليل على التعاملات التجارية(3).
كما نصت المادة 04/05 كم قانون رقم 04_09 " يمكن السلطات المكلفة بالتفتيش تسخير كل شخص له دراية بعمل المنظومة المعلوماتية محل البحث أو التدابير المتخذة لحماية المعطيات المعلوماتية التي تتضمنها قصد مساعدتها وتزويدها بكل المعلومات الضرورية لإنجاز مهمتها ".

وإذا كانت الاستعانة بالخبرة الفنية أمر جوازي للمحقق أو لجهة التحقيق والحكم، إلا أنه في المسائل الفنية البحتة لا يستطيع لجهة التحقيق الوصول للدليل أو للقاضي أن يقطع فيها برأي دون استطلاع رأي أهل الخبرة(4).
مثل الاستعانة بالهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها من أجل التفتيش وهذا وفق نص المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 15_261 بأنه: " يمكن أن يقوم القضاة وضباط الشرطة القضائية التابعون للهيئة أثناء ممارستهم لوظائفهم أو بمناسبة، طبقاً للشروط والكيفيات المنصوص عليها في التشريع الساري المفعول، ولا سيما قانون الإجراءات الجزائية، بتفتيش أي مكان أو هيكل أو جهاز بلغ إلى علمهم أنه يجوز و/أو يستعمل وسائل وتجهيزات موجهة لمراقبة الاتصالات الإلكترونية؛
وفي حالة معاينة أفعال يمكن وصفها جزائياً، تخطر الهيئة النائب العام المختص للقيام بالمتابعات المحتملة "(5).

3- عندما يتكون المعلومات المحملة في عناوين IP غير حقيقية أو مزيفة، وهذا ممكن عندما يستخدم مصدر زائف لمصدر عنوان IP، بحيث يظهر بأن المعلومات جاءت من كمبيوتر محدد بينما في الحقيقة قد جاءت من كمبيوتر آخر. **مدوح عبد الحميد عبد المطلب:** البحث والتحقيق الجنائي الرقمي في جرائم الكمبيوتر والانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2006، ص 108_110.

(1) شيماء عبد الغني محمد عطا الله: مرجع سابق، ص 211.

(2) المادة 3/11 من قانون رقم 04_09 بأنه: " تحدد مدة حفظ المعطيات المذكورة في هذه المادة بسنة واحدة ابتداء من تاريخ التسجيل ".

(3) شيماء عبد الغني محمد عطا الله: مرجع سابق، ص 215.

(4) محمد أبو العلا عقيدة: مرجع سابق، ص 9.

(5) المادة 30 من المرسوم الرئاسي رقم 15_261 مؤرخ في 24 ذي الحجة عام 1436 الموافق 8 أكتوبر سنة 2015، يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 53، السنة الثانية والخمسون، الخميس 24 ذو الحجة عام 1436 هـ الموافق 8 أكتوبر سنة 2015م.

وأيضاً المادة 2/4_5 من المرسوم الرئاسي رقم 15_261 بأنه: " تكلف الهيئة، في ظل احترام الأحكام التشريعية المبينة أعلاه على الخصوص، بما يلي:

— تجميع وتسجيل وحفظ المعطيات الرقمية وتحديد مصدرها ومسارها من أجل استعمالها في الإجراءات القضائية ".
ثانياً: بالاستعانة بالخبرة.

(أ) — ماهية الخبرة:

ويقصد به " الاستشارة الفنية التي يستعين بها المحقق أو القاضي في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى مساعدة فنية أو إدارية لا تتوافر لدى عضو السلطة القضائية المختصة بحكم عمله وثقافته "(1).
كما عرفها البعض بأن " الخبرة اجراء يستهدف استخدام قدرات شخص الفنية أو العلمية، والتي لا تتوافر لدى رجال القضاء، من أجل الكشف عن دليل أو قرينة يفيد في معرفة الحقيقة بشأن وقوع الجريمة أو نسبتها إلى المتهم أو تحديد ملامح شخصيته الإجرامية "(2).
ب) — الخبر .

" هو كل شخص مختص فنيا في مجال من مجالات الفنية أو العلمية أو غيرها من المجالات الأخرى، ويستطيع بما له من معلومات وخبرة إبداء الرأي في أمر من الأمور المتعلقة بالفضية والتي تحتاج إلى خبرة فنية خاصة " (3). وهناك من عرف الخبر الإلكتروني الرقمي: هو الشخص الذي تعمق في دراسة عمل من لأعمال الإلكترونية، وتخصص في أدائه فترة زمنية طويلة مما أكسبه خبرة عملية بحيث أصبح ملماً بتفصيلاته مما جعله متفوقاً على الشخص العادي، وجعله قادراً على إبداء الرأي الإلكتروني الرقمي في الأمور المتصلة بهذا العمل (4).
ومن التشريعات الحديثة التي نظمت أعمال الخبرة في مجال الجرائم الإلكترونية، القانون البلجيكي الصادر في 23 نوفمبر 2000، فقد نص في المادة 88 منه على أنه " يجوز لقاضي التحقيق، وللشرطة القضائية أن يستعينان بخبير ليقدم وبطريقة مفهومة المعلومات اللازمة عن كيفية تشغيل النظام، كيفية الدخول فيه، أو الدخول للبيانات المخزنة أو المعالجة أو المنقولة بواسطته، ويعطي القانون كذلك لسلطة التحقيق أن تطلب من الخبير تشغيل النظام، أو البحث فيه، أو عمل نسخة من البيانات المطلوبة للتحقيق أو سحب البيانات المخزنة أو المحولة أو المنقولة، على أن يتم ذلك بالطريقة التي تريدها جهة التحقيق "(5).

أما المشرع الجزائري لم يخصص الخبرة في مجال الجرائم الإلكترونية بل ترك لفظ خبرة عام يشمل كل الخبرات في كافة المجالات، حيث نظمها في المواد من 143 إلى 156 من القسم التاسع الباب الثالث في جهات التحقيق الكتاب الأول في مباشرة الدعوى العمومية وإجراء التحقيق من ق ج ج، إلا أنه بنشأ الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها المادة ق ج ج يمكن الرجوع إليها في هذا الجانب من خلال نص المادة 2/4_3 بأنه " مساعدة السلطات القضائية ومصالح الشرطة القضائية في مجال مكافحة الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال، بما في ذلك من خلال جمع المعلومات والتزويد بها ومن خلال الخبرات القضائية ".
ج) — أهمية الاستعانة بالخبراء.

(1) عبد الناصر محمد محمود فراغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماري: مرجع سابق، ص 24.

(2) أحمد شوقي الشلقاني: مرجع سابق، ص 259.

(3) خالد ممدوح إبراهيم: مرجع سابق، ص 275.

(4) مصطفى محمد موسى: التحقيق الجنائي في الجرائم الإلكترونية، الطبعة الأولى، مطابع الشرطة القاهرة، 2008، ص 221.

(5) محمد أبو العلا عقيدة: مرجع سابق، ص 10.

تعتبر الاستعانة بالخبرة من الأهمية للمحققين في الوصول إلى الدليل وللقضاة الحكم في لبناء اعتقاد وفهم الجانب الفني للدليل، وأهمية الاستعانة بالخبراء في هذا المجال تظهر عند غيابه، مما يجعل الشرطة في حالة عجز عن كشف غموض الجريمة، وقد تعجز هي أو جهة التحقيق عن جمع الأدلة حول الجريمة، وقد تدمر الدليل أو نمحوه بسبب الجهل أو الإهمال عند التعامل معه⁽¹⁾.

إذا كانت الاستعانة بالخبرة في المسائل الفنية البحثية أمر واجب على جهة التحقيق والقاضي، فهي أوجب في مجال الجرائم الإلكترونية، حيث تتعلق بمسائل فنية آية في التعقيد ومحل الجريمة فيها غير مادي وتطور في أساليب ارتكابها سريع ومتلاحق، ولا يكشف غموضها إلا متخصص وعلى درجة كبيرة من التميز في مجال تخصصه⁽²⁾.

ونظرا لطبيعة الخاصة بالجرائم الإلكترونية فإن الكشف عنها قد يحتاج إلى خبرة فنية قد تظهر الحاجة إليها منذ بدء مرحلة التحري عن هذه الجرائم، ثم تستمر الحاجة إليها في مرحلتى التحقيق والمحاكمة نظرا للطابع الفني الخاص بأساليب ارتكابها والطبيعة المعنوية لمحل الاعتداء⁽³⁾.

د- تقدير رأي الخبير.

للقاضي الحرية الكاملة في تقدير القوة التدليلية لتقرير الخبرة والفصل فيها فلها أن تأخذ به أو تطرحه نتيجة تشككها في النتيجة التي انتهت إليها، كما لها أن تفاضل بين تقارير الخبراء⁽⁴⁾.

" والخبرة كدليل في الإثبات تنصرف إلى رأي الخبير الذي يثبته في تقريره، ولذلك فإن الخبير يأخذ حكم الشاهد ويجوز استدعاؤه لسماع شهادته ومناقشته في التقرير الذي أعده وتقدم به، غير أن الخبير يختلف عن الشهود من حيث الوقائع التي يشهد بها، فالشاهد يدلي بأقواله عن الواقعة كما حدثت في مادياتها أما الخبير فشهادته فنية أي تنصرف إلى تقييمه الفني للواقعة محل الخبرة ويترتب على ذلك أنه لا يجوز سماع الخبير كشاهد إذا كان إجراء الخبرة قد وقع باطلا⁽⁵⁾."

الفرع الثاني: الجهة التي له الحق في طلب الخبرة.

(1) عبد الناصر محمد محمود فراغلي، محمد عبيد سيف سعيد المسماوي: مرجع سابق، ص 25.

(2) محمد أبو العلا عقيدة: مرجع سابق، ص 9.

(3) علي محمود علي حموده: مرجع سابق، ص 39.

(4) أحمد شوقي الشلقاني: مرجع سابق، ص 454.

— المادة 156 ق إ ج ج بأنه: " إذا حدث في جلسة لإحدى الجهات القضائية أن ناقض شخص يجري سماعه كشاهد أو على سبيل الاستدلال نتائج خبرة أو أورد في المسألة الفنية بيانات جديدة يطلب الرئيس إلى الخبراء وإلى النيابة العامة وإلى المدعي المدني إن كان ثمة محل لذلك أن يبدوا ملاحظاتهم وعلى الجهة القضائية أن تصدر قرار مسببا إما بصرف النظر عن ذلك وإما بتأجيل القضية إلى تاريخ لاحق وفي الحالة الأخيرة يسوغ لهذه الجهة القضائية أن تتخذ بشأن الخبرة كل ما تراه لازما من الإجراءات "

(5) مأمون محمد سلامة: الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، الجزء الأول، منشورات الجامعة الليبية كلية الحقوق، بنغازي، بدون تاريخ ص 603_605. مشار إليه: مفتاح بوبكر المطردي: الجريمة الإلكترونية والتغلب على تحدياتها، المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية 23_9/25، السودان، 2012، ص 32.

— المادة 155 ق إ ج ج بأنه " يعرض الخبراء في الجلسة عند طلب مثولهم بها نتيجة أعمالهم الفنية التي باشروها بعد أن يحلفوا اليمين على أن يقوموا بغرض نتائج أبحاثهم ومعانيهم بمذمة وشرف ويسوغ لهم أثناء سماع أقوالهم أن يراجعوا تقاريرهم ومرفقاته. ويجوز للرئيس إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة أو الخصوم أو محاميهم أن يوجه للخبراء أية أسئلة تدخل في نطاق المهمة التي تعهد إليهم بها. وعلى الخبراء بعد أن يقوموا بعرض تقريرهم حضور المرافعات ما لم يصرح لهم الرئيس بالانسحاب من الجلسة "

لقد أجاز القانون لجهات التحقيق أو الحكم بالاستعانة بالخبرة أما بناء على طلب النيابة العامة أمن تلقاء أنفسهم أو من الخصوم (1).

أولاً: النيابة العامة وقاضي تحقيق وقاضي الحكم.

نجد المادة 1/143 ق إ ج ج بأنه: "الجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنذب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم".

كما يمكن لقاضي التحقيق ندب أكثر من خبير، وهذا وفق نص المادة 147 ق إ ج ج على أنه: "يجوز لقاضي التحقيق ندب خبير أو خبراء".

والمادة 3/148 ق إ ج ج بأنه: "ويجوز دائماً لقاضي التحقيق أثناء إجراءاته أن يستعين بالخبراء إذا رأى لزوماً لذلك".

ثانياً: الخصوم.

يحق للخصوم طلب الخبرة كما بينته المادة 1/143 ق إ ج ج سالف الذكر، إلا أن لقاضي التحقيق يمكن أن لا يستجيب لطلب الخصوم إذا رأى أنه لا موجب للاستجابة لذلك بشرط أن يسبب قراره في أجل 30 يوماً من تاريخ استلامه الطلب (2).

كما أجازت المادة 152 ق إ ج ج بأن: "يجوز لأطراف الخصومة أثناء إجراءات أعمال الخبرة أن يطلبوا إلى جهة القضائية التي أمرت بها أن تكلف الخبراء بإجراء أبحاث معينة أو سماع أي شخص معين باسمه قد يكون قادراً على مدهم بالمعلومات ذات الطابع الفني".

الفرع الثالث: الشروط الواجب توافرها قبل القيام بإجراء الخبرة.

هنالك شروط يجب توافرها لكي تكون إجراءات الاستعانة بالخبرة صحيحة ولا تكون تحت طائلة البطلان، وهي كالتالي:

1- يجب اختيار الخبير من جدول الذي تعدده المجالس القضائية، واستثناء من هذا يمكن أن يختار الخبير ليس مقيد في الجدول بشرط أن تسبب الجهة المختصة قرارها (3).

2- تحديد مهام الخبير في المسائل ذات الطابع الفني (4).

3- أن يقوم الخبراء بمهمتهم تحت مراقبة قاضي التحقيق لجهة التي عينته (5).

4- تحديد مهلة للخبرة، كما يمكن أن تمدد بناء على طلب الخبير (6).

(1) المادة 1/143 ق إ ج ج بأنه: "الجهات التحقيق أو الحكم عندما تعرض لها مسألة ذات طابع فني أن تأمر بنذب خبير إما بناء على طلب النيابة العامة وإما من تلقاء نفسها أو من الخصوم".

(2) المادة 2/143 ق إ ج ج بأنه: "وإذا رأى قاضي التحقيق أنه لا موجب للاستجابة لطلب الخبرة فعليه أن يصدر في ذلك أمراً مسيباً في أجل ثلاثين (30) يوماً من تاريخ استلامه الطلب".

(3) المادة 1/144 و3 ق إ ج ج بأن "يختار الخبراء من جدول الذي تعدده المجالس القضائية بعد استطلاع رأي النيابة العامة.

ويجوز للجهات القضائية بصفة استثنائية أن تختار بقرار مسبب خبراء ليسوا مقيدين في أي من هذه الجداول".

(4) المادة 146 ق إ ج ج بأنه "يجب أن تحدد دائماً في قرار ندب الخبراء مهمتهم التي لا يجوز أن تحذف إلا إلى فحص مسائل ذات طابع فني".

(5) المادة 4/143 ق إ ج ج بأنه: "ويقوم الخبراء بأداء مهمتهم تحت مراقبة قاضي التحقيق الذي تعينه الجهة القضائية التي أمرت بإجراء الخبرة".

(6) المادة 1/148 ق إ ج ج بأن "كل قرار يصدر بنذب خبراء يجب أن تحدد فيه مهلة لإنجاز مهمتهم ويجوز أن تمد هذه المهلة بناء على طلب الخبراء إذا اقتضت ذلك أسباب خاصة ويكون ذلك بقرار مسبب يصدره القاضي أو الجهة التي ندبتهم وإذا لم يودع الخبراء تقاريرهم في الميعاد المحدد لهم جاز في الحال أن يتبدل بهم غيرهم وعليهم إذ ذاك أن يقدموا نتائج ما قاموا به من أبحاث كما عليهم أيضاً أن يردوا في ظرف ثمان وأربعين ساعة جميع الأشياء والأوراق والوثائق التي تكون قد عهد بها إليهم على دمة إنجاز مهمتهم، وعلاوة على ذلك فمن الجائز أن تتخذ ضدهم تدابير تأديبية قد تصل إلى شطب أسمائهم من جدول الخبراء المنصوص عليها في المادة 441".

وعند القيام بالخبرة أجاز المشرع الجزائري للخبراء:

- 1- أن يطلب الخبراء الاستشارة في مسألة خارجة عن دائرة تخصصهم⁽¹⁾.
 - 2- جواز للخبراء أن يتلقوا أقوال أشخاص غير المتهم على سبيل المعلومات وفي الحدود اللازمة لأداء مهمتهم، وإذا رأوا محلا لاستجواب المتهم يكون ذلك بحضور قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة⁽²⁾.
 - وعند انتهاء الخبرة يجب على الخبراء أن:
 - 1- أن يحرر تقرير عن كل عمل قاموا به ونتائج التي توصلوا لها، وعند اختلافهم في الرأي في شأن النتائج يقيد كل واحد رأيه ويعلل وجهة نظره، كما عليهم بإيداع تقريرهم لدى الجهة التي أمرت بالخبرة⁽³⁾.
 - 2- عرض تقريرهم ونتائج أعمالهم الفنية عند طلب مثولهم في الجلسة، كما يمكن أن توجه لهم أسئلة تدخل في نطاق المهمة⁽⁴⁾.
 - 3- حضورهم للمرافعات بعد عرض تقريرهم، ما لم يصرح الرئيس بالانسحاب من الجلسة⁽⁵⁾.
- خاتمة:

ولقد حاولنا في هذا المقال أن نتناول موضوع محل التفتيش في الجرائم الإلكترونية من كل جوانبه رغم أن كثير من الدول لم يخصص مواد خاصة لهذا النوع من جرائم، بل عدلت في نصوص قوانينها وأصبغت عليه القواعد العامة وهذا ما سار عليه المشرع الجزائري، لكن نلاحظ أن المشرع قد تنبه لخطورة هذه الجرائم فجعلها في مصاف الجرائم الإرهابية وتبيض الأموال وجريمة المنظمة، فنجدته يستثني بعض القواعد التي تنطبق على التفتيش في الجرائم التقليدية مثل الميعاد وتديد اختصاص وغيرها من الاستثناءات التي بينها في مقالنا، كما لم يكتفي بالأخذ بما جاء به قانون الإجراءات الجزائية وحده بل نص على إجراءات خاصة بهذه الجرائم في قوانين خاصة ومعاهدات سالفه الذكر.

وبذلك بعد تطرق إلى إجراءات التفتيش بإعمال القواعد العامة على هذا النوع من الجرائم أثارت لنا مشكلات كثيرة تحدد من عمل المحققين وتكبل أيدهم، كان لزوم علينا البحث عن القواعد الخاصة من القوانين الخاصة أو المعاهدات اللازمة لتكملة القواعد العامة التي لم تكن كافية لتشمل كل الإشكالات المثارة.

(1) المادة 1/149 ق إ ج ج بأنه " إذا طلب الخبراء الاستشارة في مسألة خارجة عن دائرة تخصصهم فيجوز للقاضي أن يصرح لهم بضم فنيين يعينون بأسمائهم ويكونون على الخصوص مختارين لتخصصهم "

(2) المادة 151 ق إ ج ج بأن: " يجوز للخبراء على سبيل المعلومات وفي الحدود اللازمة لأداء مهمتهم أن يتلقوا أقوال أشخاص غير المتهم؛ وإذا رأوا محلا لاستجواب المتهم فإن هذا الإجراء يقوم به بحضورهم قاضي التحقيق أو القاضي المعين من المحكمة على أن تراعى في جميع الأحوال الأوضاع والشروط المنصوص عليها في المادتين 105 و106 "

(3) المادة 153 ق إ ج ج بأن: " يحرر الخبراء لدى انتهاء أعمال الخبرة تقريرا يجب أن يشمل على وصف ما قاموا به من أعمال ونتائجها وعلى الخبراء أن يشهدوا بقيامهم شخصيا بمباشرة هذه الأعمال التي عهد إليهم باتخاذها ويوقعوا على تقريرهم.

فإذا اختلفوا في الرأي أو كانت لهم تحفظات في شأن النتائج المشتركة عين كل منهم رأيه أو تحفظاته مع تعليل وجهة نظره.

ويودع التقرير والأحراز أو ما تبقى منها لدى كاتب الجهة القضائية التي أمرت بالخبرة وبثبت هذا الإيداع بمحضر "

(4) المادة 1/155 و2 ق إ ج ج بأنه: " يعرض الخبراء في الجلسة عند طلب مثولهم بها نتيجة أعمالهم الفنية التي باثروها بعد أن يحلفوا اليمين على أن يقوموا بغرض نتائج أبحاثهم ومعاينتهم بدمه وشرف ويسوغ لهم أثناء سماع أقوالهم أن يراجعوا تقريرهم ومرفقاته ويجوز للرئيس إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب النيابة العامة أو الخصوم أو محاميهم أن يوجه للخبراء أية أسئلة تدخل في نطاق المهمة التي تعهد إليهم بها "

(5) المادة 3/155 ق إ ج ج بأنه: " وعلى الخبراء بعد أن يقوموا بعرض تقريرهم حضور المرافعات ما لم يصرح لهم الرئيس بالانسحاب من الجلسة "

وقد رأينا اختلاف شديد بين الفقهاء في إمكانية القيام بإجراءات التفتيش من رافض للفكرة وقابل بها رغم اختلاف وجهاتهم، نجد أن المشرع الجزائري قد أحسن في تضمين قانون الإجراءات الجزائي عند تعديله بإمكانية القيام بهذا الإجراءات رغم عدم ماديته ولم يكتفي بذلك بل نص على ضبط هذه الأدلة غير المادية.

وختما لذلك فإن كل هذه الإجراءات لا تكفي للإحاطة بالجرائم الالكترونية والكشف عنها لما يعيقها من حيث بالسيادة وحقوق الآخرين كان هنالك تعاون بين الدول وتوصيات خلال القوانين الدولية، وهذا بحث آخر يمكن التطرق لكل هذا الإجراءات التي قد تعيق المحققين وتساهم في كشف الجريمة وتتبع المجرم وإيقاع العقاب عليه.

مدى توفر الحماية الجنائية الكافية في مواجهة ظاهرة خطف وقتل الأطفال في التشريع الجزائري

The availability of adequate criminal protection in the face of child abduction and murder in Algerian legislation

ط.د. عيادي سارة، طالبة باحثة في الدكتوراه،

كلية الحقوق والعلوم السياسية،

جامعة باجي المختار عنابة، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/16 / تاريخ المراجعة: 2018/11/23

ملخص:

تعد الطفولة المرحلة الأكثر حساسية في حياة الإنسان، باعتبارها القاعدة والخلفية التي سترسم ركائز باقي مراحل حياته، وهي التي يتأسس منها فكر الطفل ووجدانه. ونظرا لما تمثله هذه الفئة من أهمية لكل المجتمعات، باعتبارها ذخيرة المستقبل و رجال الغد، فقد حرصت كل الدول على توفير كل أشكال الحماية لها، و من بينها نجد مشرعنا الجزائري. إلا أنه ورغم هذه الحماية، فإننا اليوم نشهد - وفي مجتمعنا الجزائري على وجه الخصوص - ظاهرة تنخر أسس هذه الأخيرة، وتزداد يوما بعد يوم انتشارا وبشاعة، ألا وهي ظاهرة اختطاف واغتصاب وقتل الأطفال. هذه الظاهرة التي شملت أبشع صور الجرائم الممكن ارتكابها على الطفل، والتي من خلالها ضرب المجرمون عرض الحائط كل صور الحماية المقررة في هذا الشأن. والإشكال الذي سنتناوله في هذا المقال، وذلك بالرغم من تطبيق عقوبات على مرتكبي هذه الجرائم، ما مدى نجاعة السياسة الجنائية لمشرعنا في القضاء على ظاهرة اختطاف وقتل الأطفال؟. وما مدى ضرورة اللجوء إلا تطبيق أكثر العقوبات ردعا في مواجهة هذه الظاهرة ألا وهي عقوبة الإعدام؟.

الكلمات المفتاحية:

الحماية القانونية للطفل، خطف وقتل الأطفال، غياب الردع العام.

Abstract:

Childhood is the most sensitive stage in human life, as the base and the background that will lay the foundations of the rest of his life, which is the foundation of the child's mind and soul.

Given the importance of this category to all societies, as the ammunition of the future and the men of tomorrow, all countries are keen to provide all forms of protection for them, including our Algerian legislator.

However, despite this protection, today we are witnessing - and in our Algerian society in particular - the phenomenon of erosion of the foundations of the latter, and is increasing day by day spread and ugliness, the phenomenon of kidnapping, rape and killing of children.

This phenomenon, which included the most heinous forms of crimes committed against the child, through which the criminal exposed all the forms of protection prescribed in this regard.

And the problem we will address in this intervention - and that despite the application of penalties for the perpetrators of these crimes - is the reason for the inability of the legal texts and penalties applied in the elimination of this phenomenon and the realization of the basic function of the penalty, which is the general deterrence? It is necessary, in light of this deficit, to seek other legal solutions and to apply the most repressive sanctions, namely the death penalty.

Keywords:

child legal protection, abduction and killing of children, lack of public deterrence.

مقدمة:

طفل اليوم هو رجل الغد، ومستقبل الأمم و المجتمعات، هذا ما ترجمه حرص الدول على توفير كل الظروف الحسنة لتنشئتهم تنشئة صحيحة، و في المقابل أيضا حرصت الدول على تجريم كل صور المساس وإقرار عقوبة جنائية على كل من يرتكب جريمة ضد هذه الفئة، ذلك بالنظر إلى طبيعتها المستضعفة وعدم قدرتها على توفير الحماية والدفاع عن نفسها. ومن بين الجرائم المرتكبة على الأطفال، نجد ما ظهر في الفترة الأخيرة من ظاهرة خطف واغتصاب الأطفال ثم قتلهم، ظاهرة نشهدها اليوم في مجتمعنا الجزائري، تزداد انتشارا يوما بعد يوم، ذلك بالرغم من تصدى السلطات القضائية لها، بإقرار أقصى العقوبات على مرتكبيها.

إلا أنه وبالرغم من تطبيق العقوبات، إلا أن هذه الأخيرة لم تحقق وظيفتها الرئيسة و المتمثلة في الردع العام في مثل هذه الظاهرة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لم تحقق أيضا الشعور بالعدالة و إرضاء المجتمع في تمكينه في حقه في العقاب. لتظهر المناداة بالقصاص من مرتكبي هذه الجرائم، و التطبيق الفعلي لعقوبة الإعدام، وليس الاكتفاء بالقضاء بها دون تطبيقها.

لنعود إلى الساحة عقوبة الإعدام، ويزداد ضغط المجتمع على السلطات القضائية بمطالبة بالتطبيق الفعلي لها، بالنظر إلى بشاعة و خطورة الجرائم المرتكبة على الأطفال، لتجد الجزائر نفسها أمام التزاماتها الدولية بإلغاء عقوبة الإعدام من جهة، و ضغط الشعب ومنااداته بالإعدام من جهة أخرى.

هذا ما دفعنا إلى التطرق إلى هذا الموضوع بالنظر إلى أهمية الطفل في الأسرة، والذي يعتبر أساسها و أملها في المستقبل، وكذا مستقبل المجتمعات، محاولين التطرق إلى السياسة الجنائية التي تبناها المشرع الجزائري في مكافحة هذه الظاهرة، ومدى فعاليتها، كل هذا دفعنا لأن تكون إشكالية هذه المداخلة متمثلة في: في ما تمثلت السياسة الجنائية التي اعتمدها المشرع الجزائري في مكافحة ظاهرة خطف واغتصاب وقتل الأطفال، ومدى فعالية هذا السياسة؟ و فيما تجلت مظاهر قصورها للحد و القضاء على هذه الظاهرة؟.

المحور الأول

مظاهر الحماية الجنائية للطفل ضحية جرائم الخطف و القتل

لقد تعددت صور الأفعال الماسة بحقوق الطفل، منها ما هي ماسة بأمنه، وأخرى ماسة بنموه واستقراره، والأخطر من ذلك تلك الماسة بحياته وعرضه وأخلاقه، لنكون أمام ما أصطلح عليه بالطفل الضحية، أو الطفل مجني عليه.

من هنا ظهرت المناداة بضرورة حماية الأطفال في مواجهة هذه الأفعال الماسة بهم، وذلك نظرا لعجز هذه الفئة وعدم قدرتها على توفير الحماية الكافية لنفسها ورد كل اعتداء يقع عليها، وهذا ما أخذت به جل التشريعات الجنائية ومن بينها مشرعنا الجزائري، وذلك بتجريم كل الأفعال الماسة بسلامة وصحة وحياة الأطفال وإقرار عقوبات جنائية على مرتكبيها.

ومن بين أخطر الأفعال المجرمة المرتكبة على الأطفال نجد خطف و قتل الأطفال بعد اغتصابهم، وهذا ما سنتطرق له في هذا المحور، بتبيان المعالجة الجنائية لهذه الأفعال، وكيفية التصدي لها. و لكن بداية سنوضح المقصود بالطفل الضحية أو الطفل المجني عليه.

أولا: ماهية الطفل الضحية.

قبل التطرق إلى معرفة المقصود بالطفل المجني عليه، أو الطفل ضحية الجرائم، وجب أولا معرفة من هو الطفل في نظر القانون، لنقول بتمييزه في نوع الحماية الجنائية المقررة له مقارنة مع البالغين.

01- التعريف اللغوي للطفل.

الطفّل بالفتح: الرخص والنعم من كل شيء، والطفّل بالكسر، الصغير من كل شيء أو المولود¹. والطفّل والطفلة: الصغير، والطفل: الصغير من كل شيء، بيّن الطفّل والطفّالة والطفولة والطفولية. وهو المولود، وقد يكون واحداً أو جمعا لأنه اسم جنس².

ويقول بعض الفقهاء أن كلمة طفل باللغة الفرنسية *Enfant* مشتقة من الكلمة اللاتينية *Infans*، وتعني من لم يتكلم بعد.

(02) - التعريف القانوني للطفل.

إن تحديد المقصود بالطفولة يكتسي أهمية كبيرة من الناحية القانونية، ذلك أن في تحديد المقصود بالطفل يرتبط بمجموعة متنوعة من الالتزامات، يتحملها والدا الطفل ومن يقوم على رعايته وكذا سلطات الدولة المعنية.

(أ) - تعريف الطفل في الاتفاقيات الدولية.

هناك العديد من الاتفاقيات المتناولة للطفل بالتعريف نذكر منها:

اتفاقية حقوق الطفل³ التي عرفت في مادتها الأولى الطفل بأنه: «يعني الطفل كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشر ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه». هذا وقد جاء في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها⁴ في المادة الثانية منها أنه: « يطلق تعبير الطفل في مفهوم هذه الاتفاقية على جميع الأشخاص دون سن الثامنة عشرة».

وفي نفس السياق تضمن البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل بشأن اشتراكا لأطفال في المنازعات المسلحة في مادته الأولى ما نصه: «تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عمليا لضمان عدم اشتراك أفراد قواتها المسلحين الذين لم يبلغوا الثامنة عشرة من العمر اشتراكا مباشرا في الأعمال الحربية»⁵.

كما عرف الميثاق الإفريقي لحقوق الطفل و صحته و رفاهيته، لمنظمة الوحدة الإفريقية الذي اعتمد عليه في أديس أبابا في يوليو 1990، وصادقت عليه الجزائر في سنة 2003 ، في مادته الثانية الطفل بأنه "أي إنسان يقل عمره عن ثمانية عشر سنة". وبناءً على ما تقدم بيانه نجد أن جل الاتفاقيات الدولية أجمعت على سن الثامنة عشرة كحد أقصى لعمر الطفل حتى يتناسب مع الظروف الاجتماعية في كافة البلدان حول العالم¹ فكل شخص دون سن الثمانية عشر يعتبر طفلا، يحظى بالحماية القانونية المقررة لهذه الفئة في مواجهة كل صور المساس بهم.

¹ محمد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، الطبعة الثامنة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2005، ص 10

² إسماعيل بن حامدا الجوهري، منجد الصحاح، الطبعة الثانية، 2007، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ص 673.

³ : الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، صادقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة، بتاريخ 20 نوفمبر 1989 م، وصادقت عليها الجزائر بموجب المرسوم التشريعي رقم 06/92 المؤرخ في 1992/11/17، المنشور في الجريدة الرسمية رقم 83 المؤرخة في 1992/11/17، العدد 4758، ميلود ديدان، حقوق الطفل - يتضمن الاتفاقيات الدولية المصادقة عليها من طرف الجزائر بخصوص حقوق الطفل - ، دار بلقيس للنشر، الدار، الجزائر، د.س، ص 07.

⁴ الصادرة بجنيف في 17 - يونيو 1999 المصادق عليها في الجزائر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 387-2000 الممضي في 28 نوفمبر 2000 ، منشور في الجريدة الرسمية عدد 73 المؤرخة في 03/ديسمبر/2000.

⁵ : بلقاسم سويقات، الحماية الجزائرية للطفل في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، 2011، ص 10.

(ب)- تعريف الطفل في القانون الجزائري.

لم يعرف المشرع الجزائري الطفل إلا بصدر القانون 12/15 المتعلق بحماية الطفل، تاركاً ذلك لشرح القانون، أين نجده استعمل في العديد من الحالات مصطلح قاصر أو حدث للدلالة على الطفل، كما اكتفى بذكر مصطلح الطفل فقط في الباب السادس من الكتاب الثالث تحت عنوان " حماية الأطفال المجني عليهم في الجنايات والجنح ".
كما جاءت الإشارة الوحيدة لسن الطفل في المادة 49 من قانون العقوبات² التي نصت على: " لا يكون محلاً للمتابعة الجزائية القاصر الذي لم يكتمل العشر سنوات، لا توقع على القاصر الذي يتراوح سنه من عشرة إلى أقل من ثلاثة عشر سنة إلاّ تدابير الحماية أو التهذيب، ومع ذلك فإنه في مواد المخالفات لا يكون محلاً إلاّ للتوبيخ .ويخضع القاصر الذي يبلغ سنه من ثلاثة عشر إلى ثمانية عشر سنة إما لتدابير الحماية أو التهذيب أو لعقوبات مخففة ".
ليستدرك المشرع الجزائري هذا النقص من خلال صدور القانون 12/15³، أين نص في المادة الثانية منه على أنه: " الطفل: كل شخص لم يبلغ ثمانية عشر " 18 " سنة كاملة " .

(02)- تعريف الطفل الضحية.

يقصد بمصطلح الضحية؛ ذلك الشخص الذي يقع عليه الفعل أو يتناوله الترك المؤثم قانوناً، بحيث يكون هذا الشخص نفسه محلاً للحماية القانونية التي يهدف إليها الشارع⁴ .
وهو أيضاً: "الشخص الذي أصيب بضرر، فرداً كان أو جماعة، بما في ذلك الضرر المادي والعقلي أو النفسية أو الخسارة الاقتصادية أو الحرمان بدرجة كبيرة من التمتع بحقوقهم الأساسية " .
أما الطفل الضحية فقد عرف أنه: "هيا لأطفال الذين لم يتجاوزوا سن الثامنة عشر " 18 " من العمر، وهم ضحايا للجريمة أو شهود عليها، بصرف النظر عن دورهم في الجرم المرتكب أو في محاكمة المجرم المزعوم وجماعات المجرمين المزعومين " . وعرف أيضاً أنه: "كل شخص قاصر تكبد ضرراً نتيجة الجريمة مثل الإهمال، التهديد، السرقة، العنف الجنسي..."⁵ . وعرف أيضاً أنه: "كل شخص يق عمره عن السن الذي يحدده القانون تعرض لاعتداء مادي أو معنوي يجرمه القانون، ترتبت عنه أضرار جنسية أو عقلية أو جسمانية أو معنوية "⁶ .

ثانياً: المعالجة الجنائية لأفعال خطف و قتل و اغتصاب الأطفال.

لقد أقر المشرع الجزائري الحماية الجنائية للطفل في مواجهة كل صور الخطف والاعتصاب والقتل، وذلك بتجريمه لهذه الأفعال وإقرار عقوبة جنائية مشددة على مرتكبيها، إلا أن هذه الحماية جاءت مستقلة لكل جريمة على حدى، إلا أنه ما نشهده اليوم هو

¹ :المرجع نفسه، ص 09.

² : قانون رقم 14- 01(ممضي في 04 فبراير 2014، المتضمن قانون العقوبات، منشور فيا لجريدة الرسمية عدد 7، مؤرخة في 16 /02/2014، الصفحة

4، يعدل و يتمم الأمر رقم 66- 156 المؤرخ في 8 يونيو 1966.

³ :

⁴ : محمد محمود سعيد، حق المجني عليه في تحري كالدعوى العمومية - دراسة مقارنة-، دار الفكر العربي، القاهرة، 1982 م، ص380 .

⁵ : سعاد التياي، دور القضاء في حماية الأحداث- دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، جامعة سيدي محمد بن عبد الله، فاس، 2008

م، ص2.

⁶ : حو بن إبراهيم فحار، الحماية الجنائية للطفل في التشريع الجزائري و القانون المقارن، رسالة دكتوراه، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014/2015، ص

ظهور جريمة أو ظاهرة إن صح التعبير تتضمن الجرائم الثلاث، وهذا ما استدعى ضرورة إعادة النظر في الحماية المقررة للطفل في مواجهة هذه الظاهرة. وعليه سوف نتعرض لكل جريمة على حدى، قبل التعرف على ما إذا كان من شأن التناول القانوني في الجزائر لهذه الجرائم من شأنه القضاء على هذه الظاهرة.

01- جريمة خطف الأطفال.

بالرجوع إلى الفصل الثاني من قانون العقوبات الجزائري المعنون بـ: "الجنايات والجناح ضد الأسرة والآداب العامة"، نجد المشرع نص في القسم الرابع منه على: خطف القصر وعدم تسليمهم، حيث نص في المادة 326 على جريمة خطف الأطفال.

أ- عناصر قيام الجريمة: والتي تقوم بتوفر العناصر التالية:

- **صفة الضحية:** وهو أن يكون قاصرا دون الثامنة عشرة سنة.
- **السلوك الإجرامي:** وهو الخطف، والذي يتحقق بنقل الطفل من مكانه الطبيعي الذي وجد فيه إلى مكان آخر وإخفائه عن والديه ومن هو تحت رعايته.
- **القصد الجنائي:** والذي يتحقق بعلم الجاني بأنه يقوم بفعل خطف لطفل لم يتجاوز 18 عشر سنة، وأن فعله مجرم قانونا، ومع ذلك تتجه إرادته إلى ارتكاب الجريمة.
- **العقوبة:** في حال ارتكاب هذه الجريمة يعاقب الجاني بالحبس من سنة إلى خمس سنوات، وغرامة من 500 إلى 2000 د.ج.

ب- حالات التشديد.

- **اقتران الخطف بالتحايل أو الإكراه.**

حسب المادة 293 من قانون العقوبات، فإنه إذا اقترنت الجريمة السابقة باستعمال طرق التهديد أو العنف أو الاستدراج، أو غيرها من الوسائل المماثلة على الطفل، فإن العقوبة تشدد لتصبح السجن المؤبد.

- **الأفعال الممارسة على الطفل.**

حسب المادة 263 من قانون العقوبات، فإنه إذا تعرض الطفل المخطوف إلى تعذيب أو عنف جسدي، أو إذا ترتب على الخطف وفاة الضحية، لا يستفيد الجاني من ظروف التخفيف المنصوص عليها في هذا القانون.

02- جريمة إخفاء طفل بعد خطفه و إبعاده.

هذه الجريمة ترتبط بجريمة خطف الطفل، ألا و هي جريمة إخفاء الطفل بعد خطفه و إبعاده، هذه الجريمة التي قد ترتكب من الخاطف نفسه، كما قد ترتكب من طرف شخص آخر يستعين به الخاطف لإخفاء القاصر. هذه الجريمة نص عليها المشرع الجزائري بموجب المادة 329 من قانون العقوبات، وتقوم هذه الجريمة بتحقيق العناصر التالية: - **صفة الضحية:** وهو القاصر أو الطفل الذي لم يبلغ سن 18 سنة.

- **السلوك الإجرامي:** وهي إخفاء القاصر عن السلطة التي يخضع لها قانونا، كما قد يأخذ صورة أخرى وهي تهريب القاصر عن يبعث عنه.

- **القصد الجنائي:** اتجاه إرادة الجاني إلى إخفاء القاصر، مع علمه أن هذا الأخير مخطوف، وعلمه بأن ما يقوم به جريمة معاقب عليها قانونا، ومع ذلك تتجه إرادته إلى ارتكاب السلوك الإجرامي، بغض النظر وراء الغاية أو الباعث من الإخفاء.

- **العقوبة المقررة:** حسب المادة 329 على عقاب من ارتكب فعل إخفاء القاصر المخطوف بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من 500 إلى 2500 د.ج.

(03)- جريمة اغتصاب الأطفال.

تعد جريمة اغتصاب القاصر من الجرائم الواقعة على العرض، التي تأخذ العديد من الصور، وقد نص المشرع الجزائري على هذه الجريمة بموجب المادة 336 من قانون العقوبات، ولكن قبل التفصيل في هذه الجريمة وجب التعرف على المقود بفعل الاغتصاب.

حيث عرف على أنه: " اتصال رجل بأنثى اتصالا جنسيا كاملا دون رضا صحيح منها بذلك "¹، كما عرفه المشرع الفرنسي بأنه: " كل فعل إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته ارتكب على ذات الغير بالعنف أو الإكراه أو التهديد أو المباغنة". وحسنا فعل المشرع الفرنسي بعدم تحديد جنس الضحية، نظرا لأن هذه الجريمة لم تعد الأنثى هي ضحيتها الوحيدة، بل بات الذكر أيضا من ضحايا هذه الجريمة، و هنا نخص بالذكر فئة الأطفال.

أما عن العناصر التي تقوم عليها هذه الجريمة فتتمثل في الآتي:

- **صفة الضحية:** حسب المادة 339²، نجد أن المشرع الجزائري استخدم مصطلح قاصر للدلالة على الضحية، وحسنا فعل بالنظر لما نشهده من ارتكاب هذه الجريمة على الذكر مثله على الأنثى، ومن هنا يتضح أن ضحية هذه الجريمة كل قاصر ذكرًا كان أم أنثى لم يبلغ سن الثمانية عشرة سنة.

- **السلوك الإجرامي:** يقوم النشاط المادي لهذه الجريمة على فعل الوطء، ويكون بإيلاج الرجل للذكر في فرج أنثى بالغة أم قاصرة باعتباره المكان الطبيعي في جسم الأنثى المخصص لممارسة العملية الجنسية العادية، فإذا تحقق الإيلاج كان ذلك كافي لإتمام الجريمة، ويستوي أن يكون الإيلاج كاملا أو جزئيا، مرة واحدة أو عدة مرات، بلغت به شهوته بقذف المني أو لم يبلغ ذلك، تمزق بسببه غشاء البكارة أم لم يتأثر، فالإيلاج وحده كافي سواء تحققت اللذة أم لم تتحقق.

كما قد يكون الإيلاج في جسم الذكر أيضا، فلم يعد فعل الاغتصاب مقتصر على الأنثى فقط، وهذا ما أكدته المشرع باستعمال مصطلح قاصر بدلا من قاصرة.

- **توفر عنصر عدم الرضا:** لا تقوم جريمة الاغتصاب إلا بوجود عدم رضا القاصر على هذا الفعل، ويقصد بعدم الرضا هو انعدام الإرادة أو وجود أحد عيوبها أثناء الوقاع وذلك بفقدان الوعي أو الدخول في غيبوبة أو تأثير المخدر... الخ. كما تغيب الإرادة متى أستعمل العنف والإكراه على الضحية، هذا العنف الذي قد يكون ماديا أو معنويا.

- **العقوبة المقررة:** حسب المادة 336 من قانون العقوبات الجزائري، فإن العقوبة المقررة لجريمة اغتصاب قاصر دون 18 سنة هي السجن المؤقت من 10 سنوات إلى 20 سنة.

(04)- جريمة قتل الأطفال في التشريع الجزائري.

تنص المادة 06 من اتفاقية حقوق الطفل على أن تقر جميع الدول الأطراف في الاتفاقية بأن لكل طفل حقا أصيلا ألا وهو حقه في الحياة، ويتعين على كل دولة اتخاذ كل ما في وسعها لحماية حياة الطفل¹.

¹ : ، مرجع سابق، ص 227.

² : قبل تعديل المشرع الجزائري لقانون العقوبات بالقانون 14-01، استخدمت المادة 339 مصطلح ضد قاصرة، و بهذا يستثني المشرع الذكر بأن يكون ضحية هذه الجريمة.

وهذا ما ترجمته العديد من التشريعات الوطنية من خلال حرصها الكبير على توفير أقصى الحماية لحياة الطفل، وذلك بتجريمها لكل الأفعال أو الممارسات التي قد تنتهي بقتل الطفل. إلا أن هذه الحماية جاءت مختلفة من تشريع إلى آخر، فمنهم من لم يقر نصوص قانونية خاصة بقتل الطفل، لتظل هذه الجريمة تخضع لأحكام القتل العادي، ومنهم من أقر له حماية جنائية خاصة وذلك من خلال اعتبار الطفل الضحية ظرف تشديد للعقوبة وهو حال مشرعنا الجزائري والذي سنتناوله بشيء من التفصيل في الآتي. ولكن قبل ذلك وجب التعرف أولا عن المقصود بالقتل العادي، الذي عرف أنه اعتداء على حياة الغير تترتب عليه وفاته والقتل قد يكون عمديا إذا توافر القصد الجنائي لدى الجاني، وقد يكون غير عمدي إذا لم يتوافر القصد لدى الجاني و لكن الوفاة تحققت نتيجة خطئه².

أ- إخضاع جريمة قتل الأطفال للأحكام العامة لجريمة القتل.

فقد عرفت المادة 254 من القانون العقوبات الجزائري القتل على أنه: " هو إزهاق روح إنسان عمدا"، أي أن هذه الجريمة تقوم متى وقع فعل الاعتداء على حياة الإنسان مما أدى إلى وفاته، وقامت صلة السببية بين الفعل والنتيجة، مع اشتراط توجه نية الجاني على تحقيق فعل القتل.

أما عن جريمة قتل الأطفال، فقد أخضعها المشرع الجزائري لنفس قواعد القتل العادي من حيث المادة المطبقة، بحيث تخضع هي الأخرى للمادة 254 من قانون العقوبات.

ب: مدى اعتبار صفة الطفل الضحية ظرف تشديد.

أما العقوبة فاختلفت عما إذا كان الضحية طفلا، وذلك بنص المادة 272 من قانون العقوبات على إقرار عقوبة الإعدام إذا كان الجناة أحد الوالدين أو غيرهما من الأصول الشرعيين أو أي شخص آخر له سلطة على الطفل، أو يتولى رعايته، أي أن عقوبة القتل المرتكبة ضد الأطفال ميزها المشرع الجزائري عن عقوبة قتل البالغين إذا ما ارتكبت ممن له سلطة أو ولاية على الطفل، وذلك بإقرار عقوبة الإعدام على مرتكبها، أي اعتبار سن الضحية ظرف تشديد.

ولكن ما يلاحظ أن هذه المادة حصرها لحالات التشديد إذا كان المجرم أحد الأصول الشرعيين أو ممن له سلطة على الطفل، أو يتولى رعايته، أي متى كانت هناك سلطة أبوية أو قانونية للمجرم على الطفل، مما من شأن هذه السلطة تسهيل ارتكاب هذه الجريمة، وكأن المشرع يعاقب المجرم في هذه الحالة على خيانة السلطة الممنوحة له أو عن إساءة استخدامها، ولا يعاقبه لأن الضحية هو طفل، لأنه لو كانت حماية الطفل هي المرجوة في هذه الحالة لما اشترط وجود صفة معينة في الضحية لتشديد العقوبة.

ومن هنا نستنتج أن قتل الطفل من شخص غريب عليه، يعتبر جريمة قتل عادية، لا تشدد فيها العقوبة، أي أن المادة سابقة الذكر لا يمكن توظيفها لمحاربة ظاهرة الخطف فالاعتصاب فالقتل.

المحور الثاني

تفعيل و تطبيق عقوبة الإعدام

إن ظاهرة الخطف واعتصاب الأطفال ثم قتلهم تشهد ازديادا وانتشارا يوما بعد يوم، وذلك في ظل حرص السلطات القضائية على تطبيق العقوبات المقررة لهذه الجرائم على مرتكبيها، ذلك بالنظر إلى الفئة المستهدفة والتي أعترف لها بالحماية القصوى نظرا

¹ محمود أحمد طه، الحماية الجنائية للطفل المجني عليه، الطبعة 1، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 1999، ص 27.

² احمد الروس، جرائم القتل والجرح والضرب و إعطاء المواد الضارة من الواجهة القانونية والفنية. المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، مصر، 1997 ص

لطبيعتها المستضعفة، هذا من جهة، و ضغط الرأي العام لعقاب مرتكبي هذه الجرائم، والتي قد يكون أي طفل ضحية لها في المستقبل، من جهة أخرى.

هذا ما دفع إلى المناداة بالتطبيق الفعلي لعقوبة الإعدام، ذلك في ظل عجز العقوبات الأخرى في الحد من هذه الظاهرة، وتحقيق الوظيفة الأساسية للعقوبة ألا وهي الردع العام. والأكثر من ذلك مناداة المجتمع بحقه في العقاب، والذي حسبهم لا يمكن استيفاءه إلا عن طريق القصاص.

أمام كل هذه الضغوط المطبقة على السلطات الحكومية والقضائية في الدولة، إلا أنها لا تزال لا تتمسك بسياساتها الجنائية في مكافحة هذه الظاهر، وذلك بالرغم الفشل الذريع في القضاء عليها، وهنا يثور التساؤل عن الأسباب الحقيقية التي جعلت بالجزائر تتغاضى عن هذه الظاهرة و عن الضغوط الممارسة عليها في عدم تطبيقها لعقوبة الإعدام، والتي تعتبر الحل الوحيد بالنظر لبشاعة و خطورة هذه الظاهرة، وبالنظر للفئة المستضعفة التي أصبحت تستنزفها.

أولاً: عقوبة الإعدام بين المؤيدين و المعارضين.

01- المعارضون لعقوبة الإعدام.

في البداية إن أنصار مدرسة الدفاع الاجتماعي هم من قاوموا برفع لواء إلغاء هذه العقوبة، كون هذه الأخيرة تتعارض مع فكرة إصلاح المجرمون إعادة تأهيله لأن هذه الفكرة هي العصب المركزي الذي تقوم عليه هذه المدرسة¹، أما عن الحجج المقدمة من قبلهم نذكر:

- أن المجتمع لم يهب الحياة للفرد حتى يكون له الحق في أخذها، و أن القانون الذي يحرم القتل لا يجوز له أن يأمر به.
- عند وقوع الخطأ في تطبيق عقوبة الإعدام فإنه يستحيل تداركها، في حين يمكن تدارك أي عقوبة يظهر الخطأ في تطبيقها.
- أن عقوبة الإعدام غير عادلة لقسوتها البالغة، و لأنها لا تقبل التجزئة و التدرج حسب ظروف كل جريمة و كل مجرم.
- عقوبة الإعدام عقوبة غير شرعية، لأن مصدر حق الدولة في توقيع العقاب على الأفراد هو العقد الاجتماعي، ومن غير الممكن أن يتنازل الأفراد للدولة عن حقهم في الحياة لأنه من الحقوق اللصيقة بالشخصية².

02- المؤيدين لعقوبة الإعدام.

- بالرغم من التطور الذي شهده علم العقاب، واتجاه الفقه إلى إلغاء عقوبة الإعدام، إلا أنه توجد آراء تنادي بالإبقاء عليها في الجرائم ذات الخطورة، ذلك لما تحدثه هذه العقوبة من ردع عام. أما عن الحجج التي استند عليها القائلون بهذه العقوبة نذكر:
- أن عقوبة الإعدام عقوبة شرعية، تستمد شرعيتها من مختلف الأديان، و في مقدمتهم شريعتنا الإسلامية التي نادى بالقصاص.
 - لا بديل لعقوبة الإعدام لتحقيق الردع العام في الجرائم الخطيرة التي نشهدها في وقتنا الحاضر.
 - لا بديل لعقوبة الإعدام للاقتصاص من الجاني، و إرضاء الشعور العام بالعدالة، و إخماد نار الانتقام من المجني عليه.
 - هذه العقوبة هي الوسيلة الوحيدة لمكافحة الجرائم الخطيرة، أو لعلاج حالات المجرمين الذين لا يجدي معهم الردع أو الإصلاح³.

ثانياً: السياسة المنتهجة من قبل المشرع الجزائري بخصوص عقوبة الإعدام.

01- إقرار عقوبة الإعدام في بعض الجرائم.

¹ : سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية دط، سنة 2000، ص728.

² دغيش أحمد، عقوبة الإعدام بين الفقه والقانون، مجلة الفقه والقانون، المغرب، العدد 91، سنة 2014، ص195.

³ أميد عثمان الكردي، عقوبة الإعدام في الشريعة الإسلامية، طبعة 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2008، ص 91-93.

المتصفح لقانون العقوبات الجزائري نجد أن المشرع قد تبني عقوبة الإعدام في الجرائم التي يصطلح عليها بالجرائم الماسئة بأمن الدولة و النظام العمومي، فقد نص المشرع في عدة مواد على عقوبة الإعدام كعقوبة أصلية، وذلك في مواجهة الجرائم الموصوفة كجنايات مرتكبة ضد أمن الدولة، و هي جناية الخيانة كالتجسس "من المادة 61 إلى 64"، وجنايات الاعتداءات والمؤامرات ضد سلطة الدولة وسلامة أرض الوطن "من المادة 77 إلى 81". وجنايات القتل والتخريب المخلة بالدولة، وجنايات المساهمة في حركات التمرد من المادة 87 إلى المادة "90" كالجنايات الموصوفة بأفعال إرهابية أو تخريبية" في المادة 87 مكرر، 1 كأعمال الإهانة كجناية الاعتداء على الموظف العمومي بقصد قتله إذا أدت إلى الوفاة" في المادة 148 الفقرة 3".

إلى جانب ما سبق ذكره، قرر المشرع الجزائري إنزال عقوبة الإعدام في الجرائم الخطيرة الموصوفة بجنايات كالتي تقع ضد الأشخاص، فمن الجرائم المرتكبة ضد الأشخاص يعاقب بالإعدام في جناية القتل العمد إذا رافقها ظرف من الظروف المشددة؛ وهي القتل المقترون بسبق الإصرار والترصد، كالقتل المقترون بسبق الإصرار والترصد، القتل العمد باستعمال السم، قتل الأصول، اقتران القتل بجرمة جنائية، أو كان الغرض منه إعداد أو تسهيل تنفيذ الجريمة "المواد 254 إلى 263".

02- مدى إمكانية الحكم بعقوبة الإعدام على مرتكب جريمة خطف الأطفال و اغتصابهم ثم قتلهم.

أ- على أساس استعمال التعذيب أو ارتكاب الأعمال الوحشية عند ارتكاب جناية القتل.

نصت المادة 262 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " يعاقب باعتباره قاتلا كل مجرم مهما كان وصفه استعمال التعذيب، أو ارتكب أعمالا وحشية لارتكاب جنايته".

والأعمال الوحشية مثل أن يلجأ الجاني إلى تقطيع الضحية أو بتر أعضائه، أو أن يقوم بتعذيب الجاني، كل هذا يعد ظرف تشديد، لما تدل هذه الأعمال على وحشية الجاني وقسوته، مما يستدعي تطبيق عقوبة الإعدام عليه.

وفي الغالب، وحسب الجرائم المرتكبة على الأطفال، والتي شهدناها في الآونة الأخيرة فإن أغلبها تتضمن أعمال العنف والوحشية، وعلى هذا الأساس يمكن تطبيق عقوبة الإعدام على هذه الجريمة.

ب- على أساس جريمة القتل المقتزنة بجناية.

تنص المادة 263 من ق ع على أنه: " يعاقب على القتل بالإعدام، إذا سبق أو صاحب أو تلى جناية أخرى". وهو ما يتوفر في هذه الظاهرة، أين تقتزن جريمة قتل الأطفال بجناية اغتصابهم و التي جاءت سابقة لفعل القتل. ومن هذا الأساس تطبق على مرتكب هذه الجرائم عقوبة الإعدام.

ج- على أساس ارتباط جريمة القتل بجناية.

حسب المادة 263 فقرة 2: "... كما يعاقب على القتل بالإعدام إذا كان الغرض منه إما إعداد، أو تسهيل، أو تنفيذ جنحة، أو تسهيل فرار مرتكب هذه الجنحة، أو الشركاء فيها، أو ضمان تخلصهم من عقوبتها".

على هذا الأساس أيضا يمكن القضاء بعقوبة الإعدام على هذه الظاهرة، على أساس أن جريمة القتل جاءت لتسهيل فرار الجاني من جنحة الخطف، أو لضمان تخلصه من الطفل المختطف وبالتالي تخلصه من العقوبة.

د- على أساس اقتران جنحة الخطف بالتعذيب.

حسب المادة 293 مكرر من قانون العقوبات، فإنه يعاقب بالإعدام على جريمة الخطف إذا اقترن بالتعذيب الجسدي للمخطوف، وهذا ما يحدث في هذه الظاهرة أين غالبا ما تم تعذيب الأطفال المخطوفين، قبل قتلهم.

كل هذه الأسس تمكن من القضاء بعقوبة الإعدام على مرتكبي جريمة خطف واغتصاب الأطفال ثم قتلهم. ولكن الإشكال الذي يطرح عن التطبيق الفعلي لهذه العقوبة بغرض تحقيق الردع العام على اعتبار أن هذه العقوبة هي الوحيدة التي من شأنها تحقيق هذه الغاية.

ثالثا: حتمية التطبيق الفعلي لعقوبة الإعدام لمواجهة ظاهرة الخطف والاغتصاب فالقتل.

لا تزال عقوبة الإعدام ينطق بها في المحاكم الجنائية الجزائرية إلى يومنا هذا، إلا أن التنفيذ الفعلي لهذه العقوبة قد توقف منذ سنة 1993، هذا الوقف جاء نتيجة الالتزامات الدولية للجزائر على المستوى الدولي بعد مصادفتها على العديد من الاتفاقيات الدولية التي تؤكد على حماية حقوق الإنسان من بينها حقه في الحياة.

01- الالتزامات الدولية للجزائر حول وقف تنفيذ عقوبة الإعدام.

أصبحت الجزائر مطالبة بتنفيذ التزاماتها الدولية بشأن إلغاء عقوبة الإعدام من منظومتها العقابية، وذلك بسبب توقيع الجزائر على لائحة الأمم المتحدة المتعلقة بتنفيذ تجريد أحكام الإعدام عام 1993¹، إضافة إلى توقيعها للعديد من الاتفاقيات الداعية لإلغاء هذه العقوبة، لتظهر بعدها السياسة التي اعتمدتها الجزائر بخصوص هذه العقوبة في العديد من المواضع، والتي أكدت كلها اتجاه المشرع الجزائري إلى إلغاء العمل بعقوبة الإعدام، وقد ظهر ذلك في العديد من المواد في قانون العقوبات، أين استبدلت عقوبة الإعدام بعقوبة سالبة للحرية، مثل المادة 197 من قانون العقوبات والتي كانت تنص على: " يعاقب بالإعدام كل من قلد أو زور أو زيف نقودا ..."، لتصبح العقوبة هي السجن المؤبد إذا فاقت قيمة المال 500.000.00 دج، أما إذا كانت تقل عن هذه القيمة فالعقوبة هي السجن من 10 إلى 20 سنة. وحتى في الجرائم التي أبقى فيها المشرع على عقوبة الإعدام، كجريمة القتل مع سبق الإصرار والترصد، وكالجريمة التي هي موضوع هذه المداخلة، فإن هذه العقوبة تعد كصورة خارجية لعقوبة السجن المؤبد، ذلك أنه يقتصر بالقضاء بالإعدام دون التنفيذ.

وكأن المشرع من جهة أراد إرضاء المجتمع وتحقيق العدالة و ذلك بإبقاء هذه العقوبة في بعض الجرائم، ومن جهة أخرى من المسؤولية الدولية والإبقاء على المحافظة على التزاماته المترتبة عن مصادفته على مجموعة من الاتفاقيات ، وذلك بعدم تنفيذه للعقوبة بالرغم من القضاء بها.

02- تعارض عقوبة الإعدام و الالتزامات الدولية للجزائر.

إن الظاهرة التي نشهدها اليوم و التي تنخر أهم فئة في المجتمع، والمطالب بحمايتها أكثر من غيرها من الفئات، ألا وهم الأطفال، أعادت إلى الساحة النقاش و المطالبة بالعقوبة الوحيدة التي من شأنها القضاء على هذه الظاهرة لما تحققه من ردع عام، وهي عقوبة الإعدام.

لتجد الجزائر نفسها في مأزق، فمن ناحية التزامها دوليا بإلغاء هذه العقوبة أو وقف تنفيذها على الأقل، ومن ناحية أخرى جرائم بشعة وشنعاء ترتكب داخل إقليمها على فئة مستضعفة، عجزت العقوبات السالبة للحرية في القضاء عليها وتحقيق الشعور بالعدالة. أين باتت الحكومة الجزائرية تحت ضغط الرأي العام بسبب مطالبته بالقصاص، والذي حسب رأيهم هو الوحيد الكفيل بتحقيق الشعور بالعدالة، واستيفاء المجتمع لحقه في العقاب.

¹ انظر المؤتمر الإقليمي حول التخلي عن عقوبة الإعدام في منطقة الشرق الأوسط و شمال إفريقيا في 2014/12/03، المنشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.alarablya.net/ar/north.afrlca>

وحسب رأينا، فإن أي دولة هي مطالبة على المستوى الأول، توفير الحماية لمجتمعها، قبل النظر إلى صورتها على المستوى الدولي، فماذا يعني لدولة احترام الدول لها والتغني بموقفها حول إلغائها لعقوبة الإعدام، في حين أن مجتمعها تنخره أبشع وأقصى صور الجرائم، مثل الجرائم التي ترتكب على أطفالنا اليوم.

ومن ناحية أخرى، فالجزائر تعتبر دولة إسلامية، فكان من الأولى تطبيق شريعتنا الإسلامية المنادية بالقصاص، عن تطبيق اتفاقيات ومعاهدات وضعتها دول بما يتماشى مع مصالحها و مجتمعها.

إضافة أن السياسة التي اعتمدتها الجزائر في مكافحة هذه الظاهرة كشفت عن فشلها وعن عجزها في القضاء عليها، ذلك بالنظر إلى ازدياد عددها ووحشيتها يوما بعد يوم، كل هذا يؤكد على حتمية تطبيق عقوبة الإعدام على مجرمين افتقدوا لأبسط صور الرحمة بمخلوق لا حول ولا قوة له.

خاتمة:

في ختام هذه الدراسة، توصلنا أنه بات على الجزائر التحرك للقضاء على هذه الظاهرة التي تزداد انتشارا يوما بعد يوم، هذا التحرك الذي يجب أن يسبقه اعتراف واقتناع الحكومة الجزائرية بفشل العقوبات المطبقة على مرتكبي هذه الجرائم في أداء أول وأهم وظائفها، ألا وهي الردع العام. لتتوصل في النهاية إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نذكرها في الآتي:

- تعد ظاهرة خطف و اغتصاب الأطفال ثم قتلهم من أخطر الظواهر التي يشهدها المجتمع الجزائري، والتي تزداد انتشارا يوما بعد يوم.
- تناول المشرع الجزائري هذه الجرائم في قانون العقوبات وأقر عقوبات جنائية عليها، إذ تصل إلى حد الإعدام في مثل هذه الظاهرة.
- رغم إقرار المشرع الجزائري لعقوبة الإعدام، والقضاء بها على مرتكبي هذه الجرائم، إلا أن تنفيذها يبقى معلق إلى يومنا هذا، وهذا ما أدى إلى عدم تحقق الردع العام.
- أصبح على الحكومة الجزائرية تنفيذ عقوبة الإعدام على مرتكبي هذه الجرائم، نظرا لخطورتها ومساسها بأضعف فئة من فئات المجتمع وهم الأطفال.
- إن التزامات الجزائر على المستوى الدولي ليست أهم من حماية أمن و سلامة مجتمعها.

مقالات العلوم السياسية

البُعد الثقافي والهوياتي في السياسة الخارجية الفرنسية؛ دراسة وفق المنظور البنائي للعلاقات الدولية

The Culture and Identity Dimension in French Foreign Policy ; A Study according to the constructivist approach of International Relations

د. دهقاني أيوب، أستاذ محاضر قسم (ب)،

قسم العلوم السياسية، معهد العلوم القانونية والإدارية،

المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/09/16 / تاريخ المراجعة: 2018/11/26

ملخص:

بعد نهاية الحرب الباردة برزت قضايا جديدة على المستوى الدولي، خاصة فيما يتعلق بصعود البعد الثقافي في العلاقات الدولية واحتدام النقاش حول موضوع الهوية وتنامي دور البعد القيمي، وبروز نظريات جديدة في العلاقات الدولية تهتم بهذه الأبعاد الجديدة على غرار النظرية البنائية، التي تركز مسلماتها بالأساس على كيفية نشوء الأفكار والهويات والكيفية التي تتفاعل بها مع بعضها البعض، لتشكيل طبيعة ونمط الإدراك الذي تنظر به الدول لمختلف المواقف، وتستجيب لها تبعاً لذلك، ورغم أن التحليل البنائي لا يستبعد متغير القوة في العلاقات الدولية إلا أن البنائية تنظر إلى القوة والصراع على أنها نتيجة لتصورات نمطية تراكمات ثقافية أدت إلى فهم العلاقات الدولية على أنها تفاعل ذو نمط يعتمد على الصراع والقوة، ويمكن تغيير هذا النمط من التفاعلات بتغيير الأفكار والتصورات السابقة.

الكلمات المفتاحية:

الثقافة، الهوية، البنائية، العلاقات الدولية، السياسة الخارجية

Abstract :

After the end of the Cold War, new issues emerged at the international level, especially with regard to the rise of the cultural dimension in international relations, the intensification of the debate on the subject of identity and the growing role of the value dimension, and the emergence of new theories in the international relations concerned with these new dimensions along the lines of structural theory, How the ideas and identities are formed and how they interact with one another, to form the nature and pattern of perception that states view and respond accordingly to different situations. Although structural analysis does not rule out the power variable in international relations, Power and conflict as a result of stereotypical and cultural perceptions that have led to an understanding of international relations as an interaction of a pattern based on conflict and force. This type of interaction can be changed by changing previous ideas and perceptions.

Keywords:

Culture, Identity, Constructivism, International Relations, Foreign Policy.

تمهيد:

يحاول الباحث من خلال هذا المقال إبراز أهم الطروحات الفكرية للنظرية البنائية ونظرتها إلى العلاقات الدولية من حيث تعريف الهوية، ومكوناتها، ورموزها، وأنواع الهويات. وتبيان مدى اهتمام نظريات العلاقات الدولية بالهوية، من خلال التركيز على الأفكار التي جاءت بها النظرية البنائية (constructivisme)، التي تقوم على ثلاث أبعاد تفسر من خلالها السياسة الدولية، البعد الأول يتمثل في دور القواعد، القيم والنماذج الثقافية في التكوين الشكلي والجوهري للعلاقات الدولية، والثاني يتعلق بتحليل العملية البنائية للهويات الاجتماعية للفاعلين الدوليين من أجل فهم مصالح وسلوكيات هذه الفواعل، أما البعد الثالث فيتضمن

الأساليب المعيارية التي من خلالها تتفاعل الوحدات الدولية، مع إسقاط هذه الأفكار التي جاءت بها النظرية البنائية على البعد الثقافي والهوياتي في السياسة الخارجية الفرنسية كمتغير يؤثر في سلوكها الخارجي، لمحاولة فهم دور الأفكار و البنى الاجتماعية غير المادية في التفاعلات الدولية.

مشكلة الدراسة: كيف يمكن للبنى الاجتماعية غير المادية كالأفكار، الثقافة والهوية أن تلعب دورا في تصور السلوك الخارجي الفرنسي وتؤثر في تفاعلاته على المستوى الدولي ؟

فرضية الدراسة: إن العلاقات بين الدول يحكمها البناء الاجتماعي القيمي، وليس البناء المادي، فتصورات الدول للقوة و المصلحة، تتحدد وفقا لطبيعة البنية الاجتماعية للدولة، وبإمكان هذه البنية (الثقافات والهويات) أن تلعب دورا مهما على المستوى الخارجي كنموذج ثقافي وفكري حضاري يؤثر في هوية الآخر ويجعل منه تابع متأثر أو حليف موثوق.

محاور الدراسة:

المحور الأول: النظرية البنائية في العلاقات الدولية الأفكار ومرتكزات التحليل

المحور الثاني: أهمية القيم والأبنية الاجتماعية (الأفكار الثقافة الهوية) في السياسة الخارجية الفرنسية

المحور الثالث: البعد القيمي (الثقافي والهوياتي) في السلوك السياسي الخارجي الفرنسي

إستنتاجات:

المحور الأول

النظرية البنائية في العلاقات الدولية الأفكار ومرتكزات التحليل

01- نشأة وبروز التيار البنائي.

التحليل البنائي له جذور ممتدة تاريخيا في حقل العلوم الاجتماعية، فمن ناحية علم الاجتماع تمتد جذور المقاربة البنائية إلى أعمال ماكس فيبر (1864-1920) وإيميل دوركايم (1857-1917)، ومن ناحية الفلسفة إلى لودينغ ويتغنستاين Luswing Wittgenstein (1889-1959) وإيمانويل كانط (1724-1804). أما الحقل الأمريكي للدراسات في العلاقات الدولية فهو يرجع بروز إلى أعمال كل من المفكرين: (John G. Ruggie) و (Friedrich Kratochwil) التي صدرت عام 1986، وأعمال (a. Wendt) لعام 1987، وكان كتاب "نيكولاس أونوف" بعنوان عالم من صنعنا والذي صدر عام 1989 World of our making البوابة الكبرى لتسميته وبروز البنائية، بحيث تزامن ظهورها مع التحولات التي شهدتها الاتحاد السوفيتي (سابقا) على مستوى الداخلي مع وصول غورباتشوف للسلطة. فعدم القدرة على تفسير التحولات الكبرى لنهاية الثمانينات، وكذا نهاية الحرب الباردة، من قبل المقاربات النظرية السائدة، خاصة الواقعية الجديدة والليبرالية الجديدة، فتح الباب واسعا للمحاورة الثالثة للتنظير في العلاقات الدولية.

وكانت اللبنة الأساسية للبنائية، عبارة عن انتقادات موجّهة للتيار النيو-واقعي، والنيو- ليبرالي، ونقد لواقع العلاقات الدولية¹. وبالرغم من أن مصطلح البنائية "constructivism" جاء في كتاب "نيكولاس أونوف" (N.onuf) إلا أنها كُتبت وتوجه تنظيري في العلاقات الدولية تم نسبه إلى "الكسندر فاندت (A. Wendt) الذي أصبح عميد هذه المدرسة، منذ مقالته الشهيرة،

¹ Dan o'merea, le constructivisme. Sa place, son role, sa contribution et ses debats, theories des relations internationales : contestations et resistances (quebec : athena editions et centre d'etudes des politiques etrangers et de securite, 2008), pp182-183.

بعنوان: « Anarchy is what state make of it : the social construction of power politics » أو الفوضى هي ما تصنعه الدول: البناء الاجتماعي لسياسة القوة". والتي نشرت في مجلة International Organization لعام 1992. وقد طور " فاندت" طرحه وعززه بكتاب له صدر عام 1999 بعنوان: "النظرية الاجتماعية للسياسة الدولية" (Social theory of international politics)، حسب "الكسندر فاندت" العلاقات بين الدول يحكمها البناء الاجتماعي لهذه الدول، وليس البناء المادي، فتصورات الدول للقوة، الفوضى و المصلحة، تتحدد وفقا لطبيعة البنية الاجتماعية للدولة.

(02)- مرتكزات التحليل البنائي.

تقوم المقاربة البنائية على تبيان ثلاث ابعاد رئيسية للسياسة الدولية، هي:

- أ- دور القواعد، القيم، والنماذج الثقافية في التكوين الشكلي والجوهري للعلاقات الدولية.
 - ب- تحليل العملية البنائية للهويات الاجتماعية للفاعلين الدوليين من أجل فهم مصالح وسلوكيات هذه الفواعل.
 - ت- الأساليب المعيارية التي من خلالها تتفاعل الفواعل الدولية، و تنشأ منها، و تؤثر و تتأثر به².
- من خلال هذه الأبعاد الثلاث يمكن فهم المسلمات التي يقوم عليها الطرح البنوي، وهي:
- أهمية البنى القيمية على البنى المادية، وفيما يخص هذه المسلمة الأولى تقدر "مارتا فينيمور" Martha Fennimore في كتابها المعنون "المصالح القومية في المجتمع الدولي" National interests in international society الذي صدر عام 1996. أن السياسة العالمية مرتبطة ببنية تصورات متكونة من الأفكار، المعتقدات، القيم، متقاسمة عبر تفاعل ذاتي (intersubjectivement) من قبل الفاعلين أكثر مما هي مرتبطة ببنى مادية لعلاقات القوة، تقول "مارتا فينيمور" في هذا الشأن: "في هذا الكتاب، أبلور مقارنة نسقية بغرض فهم مصالح وسلوك الدول، انطلاقا من بنية دولية يحكمها المعنى والدلالة والقيمة الاجتماعية"³.
 - دور الهوية في تشكيل المصالح وسلوكيات الفواعل، أما هذه المسلمة الثانية، يعتقد "بيتر كاتزنستين" (Peter Katzenstein) في كتاب له مع مجموعة باحثين بعنوان: "ثقافة الأمن القومي" الصادر عام 1996 (The culture of national security)، هو الآخر، يعتقد بأن البنية الفكرية التي تكونها القيم المشتركة، لا تقتصر فقط على توجيه سلوكيات الفواعل، وإنما تمتد الى المساهمة في تركيب وتكوين الفواعل أنفسهم، وصنع هوياتهم ومصالحهم التي لم تكن معطى من قبل، بل تشكلت عبر التفاعلات الاجتماعية يقول "كاتزنستين": "للبيئات الثقافية وقع ليس فقط على مسببات السلوكيات المختلفة للدول، ولكن أكثر من ذلك، فهي تؤثر وبشكل كبير على الطبع الأساسي للدول، وهذا ما نسميه هوية الدول".
- أما المسلمة الأخيرة، فهي التركيب المتبادل للبنى والفواعل، بحيث يفترض "نيكولاس أونوف" (Nicholas onuf) في مقالته: "البنائية دليل استعمال" والتي جاءت في كتاب مشترك صادر عام 1998 بعنوان: (International Relation in a constructed Word)، بأن البنى والفواعل تتكون من خلال المعنى المؤثر على المصالح والهويات، وبإمكان المصالح والهويات أن تتغير كونها نتاج ممارسات وخطابات الفواعل، وفي هذا الشأن، يقول: "نيكولاس أونوف": "العلاقات الاجتماعية تجعل الأشخاص كما هم عليه ... نصنع العالم كما هو انطلاقا من المواد الخام المقدمة من الطبيعة ... نقوم بما نقوم به اتجاه بعضنا البعض، ونقوله ما نقوله بعضنا لبعض"⁴. ومن أهم المصطلحات الرئيسية أثناء التحليل البنائي إضافة إلى ما سبق، ما يلي:

² - Dan o'merea, Op.cit,pp.181-182.

³ Martha Finnemore, National Interests In International Society, Cornell Studies In Political Economy,(New York: Cornell University Press, 1st edition, 1996), pp02-03.

⁴ Dan O'merea, Op.Cit,pp.181-182.

1. البنية: فالترفاعلات بين الفواعل الاجتماعية هي التي تحدد البنية أو البنى المنظمة للنشاطات، فالبنية عملية تفاعل اجتماعية.
2. الفوضى: هي ما تقوم به الدول، فهي نتيجة للترفاعلات الحادثة على المستوى الدولي وليست معطى كما يعتقد الواقعيون. وحسب فاندت هناك ثلاث أصناف من الثقافات الفوضوية، المتغيرة والمتطورة في الزمان و المكان، حسب الإدراكات التي تشكلها الدول عن علاقات بعضها البعض.
- أ) فوضى هوبزوية Hobbesian anarchy: لما تدرك الدول أنها عدوة لبعضها البعض. (ساد هذا النمط من ما قبل التاريخ إلى القرون الوسطى)⁵.
- ب) فوضى لوكية Lockean anarchy: لما تتدارك الدول أنها منافسة لبعضها البعض. (ساد هذا النمط من واستفاليا إلى يومنا هذا)⁶.
- ت) فوضى كانطية Kantian anarchy: عندما تتدارك الدول أنها صديقة لبعضها البعض⁷.
3. الفاعل الدولي: لا يمكن حصر الفاعل الدولي في الدولة أو المؤسسات، بل يتعداه إلى الكيانات والهويات المختلفة التي تؤدي أدوارا انطلاقا من قيمها عبر الدولة و المؤسسات، ولكن تبقى الدولة الفاعل الرئيس في العلاقات الدولية.
4. الهوية: وهي مفتاح فهم العملية البنائية الاجتماعية، والتي تعتبر حصيلة مسار متواصل للبناء الاجتماعي الفاعل، فحسب "الكسندر فاندت": "الهويات هي في الأساس مصالح". وأن مصالح الدولة مرتبطة أساسا بالصور التي تدركها الدول عن نفسها، وعن بعضها البعض في النسق الدولي، وعن مكانتها ومكانة الآخرين فيه ويقول في هذا الصدد: "تستند الهويات إلى ما هم عليه الفاعلون ... المصالح تفترض سلفا الهويات، لأن الفاعل لا يمكنه معرفة ما الذي يريده قبل أن يعرف من يكون أو من هو". كما يميز فاندت بين أربع أشكال للهويات والتي تعتبر الأصل في تكوين المصالح القومية⁸.
- أ)- الهوية التعااضدية corporate identity: والتي تتعلق بالعناصر الخاصة بالدولة ككيان اجتماعي، بحيث يمكن تمييزها عن البنى الاجتماعية الأخرى، و تشير إلى أن الأشكال الثلاث المتبقية تبقى متأثرة بالترفاعلات التي تحدث بين الدولة وغيرها من الدول.
- ب)- الهوية النوعية Type identity: والتي تتعلق بالعناصر ذات الصلة بنظام الحكم والنظام الاقتصادي للدولة، غير ان هذه العناصر ذات طبيعة اجتماعية جزئيا.
- ج)- هوية الدور Role identity: والتي تخص الخصائص المميزة لعلاقات الدولة مع الدول الأخرى، بحيث تدرك هذه الأخيرة موقع الدولة و تطلعاتها، كقوة مهيمنة أو كدولة محورية، كدولة صديقة أو كقوة تريد المزيد.
- د)- الهوية الجماعية collective identity: ترتبط بمعرفة الهوية الموجودة بين دولتين أو مجموعة من الدول والمتعلقة برؤية الدولة للدول الأخرى والعكس، على أنها أنانية أو محبة للآخرين⁹.
- مثال: لما تتحرك الولايات المتحدة الأمريكية على المسرح الدولي، فأول ما تدافع عليه هي وحدتها وسلامتها الإقليمية (Corporate identity)، ثم تدافع عن حقوق الإنسان والديمقراطية (identity Type)، وتسعى كذلك للحفاظ على الوضع الراهن لتبقى على

⁵ Alexander Wendt Social Theory Of International Politics, Cambridge Studies In International Relations, (Cambridge University Press, 1st edn, 1999), p.264.

⁶ Ibid., 279.

⁷ - Dario battestella, théories des Relation internationales (Paris : presse de fondation national des sciences politique, 2003), pp.274-275

⁸ - Dan o'merea, Op.cit, pp.183-184.

⁹ Alexander Wendt, Op.Cit., pp.225-227.

دورها (Role identity)، كما أنها مجبرة كذلك على أن تأخذ بعين الاعتبار مصالح حلفائها في الحلف الأطلسي، باعتبارها هي الأخرى عضوا في هذا الحلف الذي يبلور هوية جماعية (collective identity).

5- التذاتانية (intersubjectivity): ويقصد بها التفاعلات المتبادلة الحاصلة بين الدول على أساس هوياتها¹⁰.

ويرى البنائيون كذلك أن الوكلاء والأبنية تتشكل تبادليا واجتماعيا، وأن الأبنية المعيارية والقيمية والفكرية هي التي تقولب الشروط التي تصوغ هويات الفاعلين ومصلحتهم، إلا أن وجود هذه الأبنية يتوقف إذا لم تعرف الممارسات المقبولة بالنسبة لهؤلاء الفاعلين، ويؤكد البنائيون على الطريقة التي تتشكل المعايير والسلوك، وتصوغ الأبنية المعيارية والفكرية هويات الفاعلين ومصلحتهم عبر ثلاثة ميكانيزمات، وهي عملية التصور، والاتصال، والضبط، وتلعب الهوية دورا معلما فهوية الدولة تحبر عن مصالحها وأنشطتها، ويعمل البنائيون على الربط بين العناصر الداخلية والدولية التي تقولب هويات الدول ومصلحتها¹¹.

1) تقويم المنظار البنائي:

أ- الإسهامات:

- 1) إعادة إدراج التاريخ و علم الاجتماع في نظرية العلاقات الدولية.
- 2) الاخذ بعين الحسبان للبنى المعيارية في تكوين المصالح.
- 3) قاد الطرح البنائي إلى فتح آفاق جديدة خاصة في دراسة القوة في العلاقات الدولية من زاوية التفاعل التذاتاني.
- 2) تركيزه على مفهوم " العملية " أو " المسار " Process والتغيير.

ب- الانتقادات:

- 1) بالرغم من أهمية التركيز على الجانب القيمي و المعيارى، إلا انه غير كافى لتفسير العلاقات الدولية.
- 2) البناء الإجتماعى لا يمكنه تفسير كل التفاعلات في المسرح الدولى، فجزء مهم من العلاقات الدولية يتركز على مركز الدول في سلم القوة العالمى القائم على العنصر المادى. مع هوياتها الأمر الذى يدفعنا للحديث عن مفهوم البراغماتية الذى هو مفهوم مادى.

المحور الثاني

أهمية القيم والأبنية الاجتماعية (الأفكار الثقافية الهوية) في السياسة الخارجية الفرنسية

شكلت الثقافة والهوية عنصرين هامين من عناصر السياسة الخارجية للدول باعتبارها كيانات تعبر عن شخصية المجتمع ووجوده تتحدد بالعناصر الموضوعية المشتركة مثل اللغة والدين والتاريخ والعادات والتي قد تأخذ شكل التعبير الايديولوجي في بعض أوجهها، وما تتركه هذه العناصر من أثر على سلوك الدولة في صياغة قراراتها¹². ويعتبر النموذج الثقافي ذلك الكل المركب الذي يتألف من القيم والمعتقدات والمعايير والرموز والأيديولوجيات وغيرها من المنتجات العقلية، ويعبر عن نمط الحياة وطبيعة العلاقات التي تربط بين أفرادها وتوجهاتهم. كما يشير هذا النموذج لنظام للمعنى يشترك فيه أعضاء جماعة ما، ويحدد لهم مجموعة من الرموز التي يتفاهمون

¹⁰ - Dan o'merea, Op.cit,pp.184-190.

¹¹ محمد شليبي. دور الثقافة في هندسة العلاقات الدولية. من أوراق المركز المغربي المتعدد التخصصات للدراسات الاستراتيجية والدولية، المغرب، الموقع الالكتروني

<http://www.cmiesi.ma/acmiesi/>

¹² محمد فاضل نعمة، الدبلوماسية الثقافية ودورها في تعزيز قرار السياسة الخارجية، مركز السلام للثقافة الدبلوماسية، (2010/01/24)

<http://www.siironline.org/alabwab/diplomacy-center/043.html>

خلالها على الطريقة التي يدورون بها تفاعلاتهم وقواعد اللعبة الاجتماعية التي ينخرط فيها اللاعبون ويتقاسمون مجالا جغرافيا وذاكرة جمعية ونمط من العلاقات¹³.

هذا النموذج أصبحت له أهمية بالغة في التفاعلات الدولية، خاصة بعد نهاية الحرب الباردة إذ أصبح هناك تنافس متعدد الأقطاب لفرض أو توسيع نموذج ثقافي على المستوى العالمي، لما له من تأثير على المجتمعات والدول، وماله من فوائد على الدول والقوى المروجة لنماذجها الثقافية، وبما أن النموذج الثقافي مرتبط بالهوية (كيف ننظر إلى أنفسنا) وصناعة المعنى (كيف نحدد ما هو مهم) يبدو طبيعيا أن تلعب الثقافة دورا في مختلف المجالات على المستوى الإقليمي والعالمي وبالتالي فالنموذج الثقافي له دلالة وقوة تفسيرية لمعرفة حجم الدولة وثقلها ودورها على المستوى العالمي ولفهم حدة الطابع الصراعى للعلاقات الدولية¹⁴.

ومن هنا تأتي أهمية ودور الهوية في تشكيل الفعل السياسي، فهوية الدولة تحدد مصالحها وتوجهاتها. ودور ومكانة العناصر الاجتماعية والتاريخية والمعارية في ذلك، وقيمة الثقافة والهوية وقوة الأفكار في إدراك وتشكيل المصالح السياسية والاقتصادية، وتوجيه السلوكيات ذات الصلة بعالم السياسة الداخلي والدولي، ومن هنا أصبحت الدول تعطي أهمية لدور القيم والهوية والنموذج الثقافي لسلوكها الخارجي لدوره في التأثير وتحقيق مصالحها الوطنية.

ويعتبر البعد الثقافي في السياسة الخارجية الفرنسية أحد أهم المرتكزات الوطنية للدولة الفرنسية، الذي تمارس من خلاله نفوذها في العديد من المناطق عبر العالم والذي يساهم بدوره في تعزيز مكانة الدولة، وزيادة هيبتها على المسرح الدولي. أما البناء الاجتماعي لفرنسا، فهو يضرب العمق التاريخي والتجارب التي اجتازتها فرنسا قبل وبعد اتفاقيات وستفاليا، وكذا إسهامات الثورة الفرنسية التي زادت من ثقل الرصيد التاريخي والحضاري الفرنسي، الأمر الذي أهلها أن تلعب أدوارا هامة على المستوى الدولي، ومن ثم أن تصبح قوة استعمارية كبيرة.

وقد عملت فرنسا منذ الظاهرة الاستعمارية على ترك بصمات واضحة على البنية الثقافية للعديد من الدول التي استعمرتها، و مسخ نسيجها الاجتماعي والهوياتي، فقد نجحت على سبيل المثال في فرض اللغة الفرنسية كمركز للمعاصرة و وسيلة للتأهيل المهني، و نمط حياة ، و الانفتاح على العالم الخارجي. و بما أن اللغة حاملة للقيم و الأفكار، فإنها ساهمت في قولبة جملة من السلوكيات و أنتجت مجتمعات و نمط حياة على مستويات عدة، عملت هي الأخرى بدورها على ترسيخ هيمنة اللغة الفرنسية في التعليم و في جميع المرافق¹⁵.

ولازال السلوك الخارجي الفرنسي في هذا المجال ذو بعد عالمي، إذ أدركت القيادات الفرنسية المتعاقبة، أهمية التأثير الثقافي الفرنسي كسياسة عالمية من شأنها خدمة أهداف سياسة الاستكبار الفرنسية و التواجد الفرنسي في العالم. وبالتالي تعد القيم و المعايير الاجتماعية والنماذج الثقافية من الثوابت البنيوية المحددة للسلوك السياسي الخارجي الفرنسي، لإيمان دوائر صنع القرار الخارجي بضرورة حفاظ فرنسا على موقع ثقافي و لغوي متميز عالمي خاصة في مناطق نفوذها التاريخية، الأمر الذي يعزز مكانتها

¹³ نزار الفراوي، الثقافة والقوة الناعمة. حروب الأفكار في السياسة الخارجية، مركز برق للأبحاث والدراسات، (ديسمبر 2016) ص. 04.

<http://barq-rs.com/barq>

المكان نفسه، ص ص. 06.

¹⁵ - الحسان بوقطار، السياسة الخارجية الفرنسية إزاء الوطن العربي منذ عام 1967 (بيروت: مركز دراسات الوحدة العربية، ط.1، 1999) ص 94-

وقوتها في النسق الدولي، وهذا يشكل أحد الأبعاد الأساسية المكونة لإستراتيجية واعية هدفها زيادة بسط الهيمنة و استمرارها وتقزيم الآخر و إضعافه.

المحور الثالث

مظاهر البعد القيمي (الثقافي والهوياتي) في السلوك السياسي الخارجي الفرنسي

يمكن تحديد النشاط الخارجي الفرنسي في بعده الثقافي- الهوياتي في ثلاثة عناصر أساسية تشمل في مايلي:

أ- المنظمة الفرانكفونية.

ب- التعاون العلمي- الأكاديمي والبعثات الثقافية.

ت- المساعدات الخارجية في مجال التربوي و الاصطلاحات التعليمية.

1. المنظمة الفرانكفونية: يعود مصطلح الفرانكفونية إلى عالم الجغرافيا الفرنسي Reclus Onesime اونيزيم روكليس، الذي وضعه في عام 1880، للدلالة على مجموعة تستعمل اللغة الفرنسية بأشكال مختلفة سواء من البلدان أو الأشخاص، حيث وصفها في كتاباته بأنها فكرة لسانية وعلاقة جغرافية، بينما يتحدث عنها الكاتب الصحفي المصري محمد سيد أحمد بأنها مجموعة بلدان يعتبر سكانها اللغة الفرنسية هي لغتهم العادية فهي قبل كل شيء حقيقة لغوية غير أنها أيضا حقيقة اجتماعية، وبذلك نجد أن الفرانكفونية تشير إلى الشعوب المتحدثة باللغة الفرنسية، بالإضافة إلى إشارتها إلى تشجيع استخدام اللغة الفرنسية بالتداول والكتابة فهي إذن تيار ثقافي وحضاري.

وبذلك نجد أن الفرانكفونية قد بدأت من نقطة تمسك غير الفرنسيين أي الدول والنخب باللغة الفرنسية بالإضافة إلى أنها انتهجت في العصر الحديث نهجا سياسيا بارزا لاسيما بعد بروز الولايات المتحدة الأمريكية كقوة عظمى، وهذا ما أكدته الرئيس الفرنسي الأسبق فرانسوا ميتران عندما قال بان الفرانكفونية ليست اللغة الفرنسية فقط، وإذا لم تصل السياسة الفرنسية إلى الاقتناع بأن الانتماء إلى العالم الفرانكفوني سياسيا واقتصاديا وثقافيا يشكل إضافة فستكون فرنسا قد فشلت في العمل الذي بدأته منذ عدة سنوات. وهكذا فإن استعمال اللغة الفرنسية هو غطاء لدخول المجتمعات والثقافات المختلفة بهدف توسيع مناطق النفوذ الفرنسي وهذا هدف من ضمن مجموعة من الأهداف تسعى الفرانكفونية لتحقيقها بحيث تجعل منها إستراتيجية إيديولوجية شاملة في شتى المجالات السياسية والاقتصادية والثقافية¹⁶.

ولقد ظهر أول تجمع فرانكفوني عام 1969، وكان خارج فرنسا في مدينة نيامي عاصمة النيجر على يد مجموعة من القيادات الإفريقية التي نادى بضرورة إقامة منظمة دولية تجمع بين الدول التي تشترك في اللغة و الثقافة. ومن بين أهم المؤسسات التي برزت لترويج فكرة الفرانكفونية، الفدرالية العالمية للثقافة وانتشار اللغة الفرنسية عام 1906. والجمعية العالمية للكتاب باللغة الفرنسية عام 1947، والاتحاد العالمي للصحفيين باللغة الفرنسية عام 1952، والرابطة الدولية لرؤساء البلديات والمسؤولين عن العواصم و المدن الكبرى التي تستعمل اللغة الفرنسية كليا أو جزئيا عام 1979 بالإضافة إلى عقد المؤتمرات التي تجمع بين رؤساء الدول التي تستخدم الفرنسية كان أولها مؤتمر فرساي عام 1986 والذي يعتبر كبداية لتفعيل دور الفرانكفونية عالميا.

ومن المهم أن نبين أن المنظمة الدولية للفرانكفونية التي تأسست عام 1989 قد حلت محل وكالة التعاون الثقافي والتقني. والتي أصبحت بمثابة الأمانة العامة لمختلف المؤسسات الفرانكفونية من ناحية وضع الخطط والبرامج ومتابعة تنفيذها والإعداد للمؤتمرات القمة. وينطوي تحتها مجموعة من الهيئات أهمها الوكالة الجامعية للفرانكفونية وتشمل أكثر من 400 مؤسسة جامعية ومدارس كبيرة

¹⁶ - هالة سرور، الفرانكفونية، المفهوم النشأة الأهداف والوسائل. بتاريخ: (19-02-2007)

ومراكز أبحاث. كجامعة سنغور بالإسكندرية والتي تهدف إلى إعداد الكوادر العليا ولاسيما في البلاد الإفريقية والجمعية الدولية لرؤساء البلديات في الدول الفرنكفونية. وقناة التلفزيون الدولية (TV 5) الموجهة لأكثر من 300 مليون مشاهد فرانكفوني وتضم المنظمة 84 عضو من دول وحكومات من ضمنهم 26 عضو يحمل صفة ملاحظ وثلاث دول تشغل صفة مراقب وهي بولندا، سلوفينيا ولتوانيا¹⁷.

وهناك 32 دولة تتخذ من اللغة الفرنسية كلغة رسمية، ويبلغ عدد سكان الدول المنظمة نحو 500 مليون شخص. 175 مليون منهم تعتبر اللغة الفرنسية هي اللغة الأولى بالنسبة لهم وتبلغ ميزانية المنظمة الفرنكفونية 150 مليون يورو سنويا. أما عن رسم السياسة الفرنكفونية و توجيهاتها فإنها تتم على يد جهات عدة في الهرم الحكومي الفرنسي. إذ أنها تشكل في السياسة الفرنسية و في تركيبة الدولة الفرنسية اختصاصا موزعا بين كل من رئاسة الجمهورية و وزارة الخارجية و وزارة التعاون الفرنكفونية و وزارة المستعمرات وإدارة المخابرات الخارجية للدولة الفرنسية. وتعتمد الفرنكفونية على وسائل عديدة لإيصال رسالتها إلى دول العالم و بخاصة تلك الناطقة بالفرنسية و من أهم و ابرز الوسائل لدينا:

الإعلام والاتصال:

لقد أعطى الفرنسيون وسائل الإعلام والاتصال الحديثة أهمية خاصة لدورها الفعال في التواجد السياسي والثقافي قامت الحكومة الفرنسية بإنشاء رئاسة مشتركة لقناة TV5 وقناة فرنسا الدولية CFI ، بالإضافة إلى قناة فرنس 24 أما في الإعلام المسموع تأتي إذاعة فرنسا الدولية (RFI) في مقدمة وسائل الإعلام المسموعة ويستمع إليها نحو 45 مليون من الناطقين بالفرنسية وهي موجهة إلى خمس قارات وهي تقدم بدورها العديد من البرامج المجانية لستمائة وأربع و عشرون إذاعة موزعة في 125 دولة ضمن إطار ما يعرف بالتعاون الدولي، وإذاعة مونت كارلو الدولية بالإضافة إلى الصحافة الفرنكفونية بحيث تصدر فرنسا من الصحف و المجلات ما يقدر بـ 2000 دورية مكتوبة باللغة الفرنسية خارج حدودها ونحو 3100 جريدة يومية أسبوعية. وإصدار سلسلة كتب خاصة للتعريف بالفرنكفونية بهدف الترويج لسياستها في مختلف دول العالم مثل السياحة، وكراسات فرانكفونية، شهادات واللغات والهويات وغيرها¹⁸.

2. التعاون العلمي والبعثات الثقافية.

تمتلك فرنسا 151 مؤسسة ثقافية فرنسية في الخارج متركزة في 91 دولة، وتمتلك شبكة قوامها 283 رابطة فرنسية، وتصب سياسة الترويج للغة الفرنسية في صالح 82 مليون دارس لهذه اللغة في 130 دولة، وهي تعتمد على هيئة مكونة من 900 ألف مدرس، وتقوم الوكالة بتعليم الفرنسية في الخارج بتنسيق أنشطة 268 مؤسسة تعليمية فرنسية في العالم و 28 مركزا للأبحاث خارج فرنسا.

كما تتعاون فرنسا في المجال الأكاديمي من خلال تبادل الأبحاث و الدراسات، وفتح آفاق لباحثي العديد من الدول، وفي مجال التعاون الجامعي تدير فرنسا 200 فرع فرانكفوني للتعليم العالي في العالم، وتقوم باستقبال الطلاب الأجانب الذين بلغ عددهم عام 2003 أكثر من 220 ألف طالب¹⁹. كما تمثل البعثات قوة دعم ومصدر إشعاع للثقافة والهوية الفرنسية، فهي بذلك تعمل على

¹⁷ الموقع الرسمي للمنظمة الدولية للفرنكوفونية، (2017/10/03) <https://www.francophonie.org>

¹⁸ - هالة سرور، مرجع سابق.

¹⁹ - وزارة الخارجية الفرنسية، السياسة الخارجية الفرنسية، على الموقع:

إنتاج الحضور الفرنسي في الميدان التعليمي ونجد أن المدارس الخاصة التي يزاوّل فيها المناهج الدراسي الفرنسي، باتت مراكز استقطاب للفئات المختلفة داخل المجتمع، دون النظر إلى ما قد ينجز عن ذلك من أشكال التهجين الاجتماعي والاستلاب الثقافي.

3. المساعدات في المجال التربوي والإصلاحات التعليمية:

إن المساعدات في المجال التربوي والتعليمي، هي في غالبيتها ضمان الحضور الفرنسي وتحليل سيطرته الثقافية، وهدف ذلك في الحقيقة هو تفكيك البناء الثقافي للمجتمعات. تخصص فرنسا ميزانيات خاصة للعديد من الدول خاصة المتأهبة للقيام بإصلاحات في المنظومة التربوية، بحيث تقدم لها مبالغ هامة ولكن مع مناهج دراسية ترافقها، من أجل فرض اللغة والثقافة الفرنسية. كما تعمل المؤسسات والوكالات التعليمية والبحثية الفرنسية في مختلف دول العالم على نشر التعليم الفرنسي والإشراف على التدريب والتأهيل كالذي تقوم به الوكالة الجامعية الفرنكوفونية، وتقدم الوكالة خدماتها للناطقين بالفرنسية من خلال برامج التعليم العالي عن بعد هذا بالإضافة إلى 1060 مركز ثقافي موزع على 140 دولة وهي تقدم دروسا إلى أكثر من 370 ألف طالب وتؤدي دورا بارزا في توثيق الروابط الثقافية والحضارية بين فرنسا والدول المتواجدة فيها، وتصب هذه السياسة ضمن حرص فرنسا على لغتها في الدرجة الأولى، وعلى ثقافتها كون أن اللغة هي مفتاح لأي ثقافة إنسانية، ولا يخفى أن هناك دوافع أخرى تجسدها الرغبة في الانتشار والتوسع والتواجد في أكبر مساحة جغرافية، وفي ذات الوقت فان عنصر التنافس بينها وبين اللغة الانجليزية الأكثر هيمنة وانتشار في العالم احد هذه الدوافع²⁰.

خاتمة:

تعتبر السياسة الدولية عن جملّة من العناصر المادية والفكرية، ويأخذ النسق الدولي صورته وهويته من تفاعل تلك العناصر، وإذا كان لتوزع القدرات المادية دور مهم في تحديد النسق الدولي وصياغته مثلما يؤديه توزيع المصالح دوليا، فإن للثقافة والهوية وتوزعهما دوليا دورا معتبرا في تشكيل السلوك الدولي وأبنيته وإعطائه هويته، وتظهر لنا القراءة البسيطة للأنساق الدولية عبر تاريخ البشرية، أن هناك ترابعا كبيرا بين أنماط تلك الأنساق (توزع القدرات المادية والمصالح)، وبين الأبنية الثقافية والفكرية (توزع القيم والعقائد والأفكار) حيث إن هوية النسق الدولي كانت تستمد شرعيتها من قوة أولئك الذين يحوزون أكبر قدر من القوات المادية والفكرية، ويعملون على تدويل هويتهم وثقافتهم على مكونات النسق الدولي (تفاعلات وحداته، ومؤسساته، والقواعد والمعايير والقيم التي تحكم مختلف تلك التفاعلات)²¹.

وبعد نهاية الحرب الباردة أدركت فرنسا كقوة إستعمارية، أن هناك تغيرات جوهرية في ميزان القوى المادي في غير صالحها، ولا يمكن تداركه لأن الولايات المتحدة أصبحت أكبر قوة عسكرية وإقتصادية بالإضافة إلى الصين واليابان وأقطاب أخرى صاعدة، وأمام تنامي الدور القيمي والفكري الأمريكي كنموذج ثقافي للعملة عملت فرنسا على إعطاء أهمية كبيرة في سياستها الخارجية لنموذجها الثقافي والحضاري في فضائها الفرنكوفوني ومحاوله إحياءه وبعثه بشكل أكثر قوة وجاذبية عبر ما يسمى بالقوة الناعمة، إعتقادا منها أن هذا البعد هو الذي سيهيمن على التفاعلات الدولية وتحديد موازين القوى الدولية في المستقبل.

فهناك أكثر من 50 بلدا ناطقا بالفرنسية تجتمع كل سنتين لتناقش السياسات ولتحتفل بمكانتها كبلدان تجمع فيما بينها اللغة الفرنسية، وتنفق فرنسا أكثر من مليار دولار سنويا لنشر القيم والثقافة الفرنسية حول العالم، وعند النظر إلى السيادة الخارجية

الفرنسية فإن القوة الناعمة تم الحفاظ عليها بل وزيادتها في بداية القرن الحادي والعشرين، وباعتماد على المكاسب التي حققتها فرنسا أثناء الحقبة الإستعمارية في إفريقيا وبعض دول الشرق الأوسط والمتمثلة في تكوين طبقة حاملة للثقافة والقيم الفرنسية، عبر تعليمها وتوفير الامكانيات لها ودعمها لتكون فيما بعد كنموذج لنخبة مثقفة ومتعلمة ستتقلد مناصب حساسة في دولها، وبالتالي توثيق جسور العلاقات بين هذه الدول وبين فرنسا كدول تابعة ثقافيا، لغويا وقيميا للنموذج الفرنكوفوني الفرنسي.

دور شبكات التواصل الاجتماعي في صناعة قيم المواطنة

The Role of Social Networks in Consolidation of Citizenship Values

د. إبراهيم قلواز، أستاذ مؤقت،

معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

أ.د. غربي محمد، أستاذ التعليم العالي،

معهد العلوم القانونية والإدارية، المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي تيسمسيلت، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2018/06/12 / تاريخ المراجعة: 2018/11/17

ملخص:

شهد القرن الواحد والعشرين تطورا غير مسبوق في مجال تكنولوجيا الاتصال. ومع ظهور شبكة الانترنت ظهرت مواقع التواصل الاجتماعي التي أصبحت من المواقع المهمة والفعالة والتي زادت شعبيتها وانتشرت خدماتها بشكل سريع. وأضحت شبكات التواصل الاجتماعي مع انتشارها وتطورها تشكل حركة ديناميكية، أثرت ما يُطلق عليه حاليا الإعلام الجديد-البديل. تهدف هذه الدراسة إلى التعرف على مدى تأثير استخدام مواقع التواصل الاجتماعي على قيم المواطنة لدى الأفراد من خلال التعرف على مدى استخدامها ومساهمتها في نشر قيم المواطنة لديهم وانعكاساتها الايجابية والسلبية على تلك القيم. ومن أبرز ما توصلت إليه الدراسة هو أن شبكات التواصل الاجتماعي وما تنشره من خلال تطبيقاتها تعمل على تعزيز قيم الأخوة بين المواطنين والتأكيد على اللحمة الوطنية بين أفراد المجتمع وأن هذه الشبكات تعمل على ترسيخ وتعزيز قيم المواطنة وبالأخص الولاء للوطن والدفاع عنه، وحق المشاركة السياسية والانتخاب. كما خلصت الدراسة إلى عدة نتائج أبرزها؛ أن الفرد يستخدم مواقع التواصل الاجتماعي دائما وقد انعكس هذا الاستخدام إيجابا على قيم المواطنة بالمشاركة في تشكيل المواطنة الحديثة والإحساس بالهوية، وانعكس استخدامها سلبا أيضا بتكريس المواطنة السلبية التي عزلت الفرد عن قيمه الوطنية وهويته. ولتطوير دور المواقع أوصت الدراسة بتوجيه وسائل الإعلام نحو تعزيز قيم المواطنة والانتماء، والقيم الشخصية، لأن شبكات التواصل الاجتماعي تحمل قيم وسلوكيات وأفكار وعادات تختلف مع أفكارنا وقيمنا خاصة القيم الاجتماعية.

الكلمات المفتاحية:

شبكات التواصل الاجتماعي، المواطنة، القيم.

Abstract :

The 21st century witnessed a remarkable evolution in the communication technology field. The internet evolution led to the appearance of the social media sites. The social networking with the spread and development of networks has constituted a dynamic movement, that enriched what is now called new media-alternative.

The purpose of this study is to determine the extent of the influence resulting from the use of social networks on citizenship values among youth, by determining the extent of their attendance and their contribution to spread values of citizenship, as well as the positive and negative consequences that impact these values.

The most important results were; the social networks -through postings in various styles- have reinforced the value of fraternity between citizens and emphasized national cohesion between members of the society, they consolidated most of the values of citizenship especially defend the homeland, and the right of political participation and voting.

The study concludes several results, including the fact that individual constantly use social network, which positively impacted the values of citizenship by even participating in the formation of a modern citizenship, and sense of identity, but also negatively by strengthening negative citizenship. that isolated the individual from his national values and his identity

In order to develop the role of this sites, the study recommended directing the media to promote the values of citizenship and belonging, personal values, because the social networking carrying values, behaviors, thought, and habits differ with our thought private social values.

Key words:

Social Networks, Citizenship, Values.

مقدمة:

لقد أدى انتشار الانترنت وتوسع استخدامها في كافة أرجاء العالم إلى تحولات جذرية في الترابط والتواصل العالمي بين الأفراد والمجتمعات، وتطورت وسائل الإعلام والاتصال منذ بداية تسعينيات القرن الماضي من حيث الأساليب والأنماط التي تتبعها والأدوات والوسائل التي توظفها، والمضامين والمفاهيم التي تروج لها، فحدث ترابط وتقارب غير مسبوق بين أرجاء العالم، خاصة مع تطور الشبكة العنكبوتية (الويب www) (World wide web)، وظهور أجيال مختلفة من الويب بداية من الويب 1 وحتى الويب 3 ومرورا بالويب 2، الذي سمح ببروز تطبيقات أكثر تفاعلية وديناميكية.

وشهدت بداية القرن الحالي تحولات عالمية جذرية على كافة المستويات، نتيجة موجات التحول الديمقراطي والثورة المعلوماتية وتحديات العولمة، وهي العوامل التي أحدثت تقاربا والتحاماً بين الشعوب والثقافات، والانفتاح على الآخر، والتقليص من أهمية الحدود الزمانية والمكانية، بالتزامن مع الانتشار الواسع لتطبيقات الويب الجديدة بمختلف أنواعها، والتي أتاحت للأفراد في كل مكان طرح كافة انشغالاتهم اليومية، والمشاركة في النقاشات والأحداث المختلفة، وتبادل الرؤى والحوار مع الآخر، من خلال الرسائل المكتوبة والنصوص، والصور والرسائل المرئية، والرسائل الصوتية المسموعة، وبذلك برزت شبكات التواصل الاجتماعي والمواقع الإلكترونية المختلفة كفضاءات جديدة لإبراز اهتمامات وتوجهات الأفراد، وتشكل وعيهم وقيمهم التي لا تضبطها حدود أو معايير، وخارج أطر الرقابة، من أجل إيصال أفكارهم وتحقيق أهدافهم المختلفة.

أصبحت شبكات التواصل الاجتماعي من أبرز العوامل المؤثرة في التفاعلات الاجتماعية، والسياسية، والثقافية، وحتى في الأحداث اليومية، وقد أحدثت تضاربا في القيم والمعايير، وهو ما طرح عديد التساؤلات بخصوص إيجابيات وسلبيات هذه الشبكات، وما يمكن أن تؤديه من أدوار في مسار بناء الدول، خاصة في المراحل السياسية الانتقالية في العالم العربي، وبالأخص دور هذه الشبكات في تعزيز قيم المواطنة، والمساهمة في تنمية قدرات ومؤهلات الأفراد لدعم مسارات بناء الوطنية، وتعزيز قيم الولاء والانتماء وفاعلية الارتباط بدوائر الهوية والانتماء المجتمعي، والإشكالية التي تطرح نفسها في هذا السياق نوجزها في سؤال محدد كالتالي: أي دور يمكن أن تؤديه شبكات التواصل الاجتماعي في تنمية الوعي وبناء قدرات الأفراد لترقية قيم المواطنة وتعزيز الانتماء الوطني؟.

الفرضية الرئيسية في هذه الدراسة ترى أن شبكات التواصل الاجتماعي ليست مجرد وسائط للتواصل فقط؛ وإنما لها أبعاد اجتماعية، وسياسية، وثقافية، حاسمة في صناعة قيم المواطنة.

تولي الدراسات الاجتماعية والإنسانية في السنوات الأخيرة اهتماما بالغا لقضية المواطنة، بعد أن اعتقدت أبعادها السياسية، والدستورية، والهوياتية في المنطقة العربية، خاصة في ظل الاضطرابات والأزمات التي تشهدها عديد الدول العربية، وما تمر به من تحولات انتقالية فارقة، وفي ظل ثورة الإعلام والوسائط الاجتماعية، بتأثيراتها الإيجابية والسلبية، وهو ما يدفعنا إلى الاهتمام بهذا الموضوع من

خلال محاولة ربط علاقة شبكات التواصل الاجتماعي بصناعة قيم المواطنة، وسنتطرق في البداية إلى ماهية كل من شبكات التواصل الاجتماعي والمواطنة.

أولاً- ماهية شبكات التواصل الاجتماعي والمواطنة

تعتبر شبكات التواصل الاجتماعي أبرز المنجزات العصرية للتطور العلمي والتقني، بينما تعتبر المواطنة في الفترة الراهنة من القضايا المحورية في مسار التحولات الديمقراطية وبناء الدولة المدنية.

1- مفهوم شبكات التواصل الاجتماعي:

يعتبر مفهوم شبكات التواصل الاجتماعي "social media" أو مصطلح "social net-work" من أكثر المفاهيم رواجاً وانتشاراً في حقل العلوم الاجتماعية، وبالرغم من الاستخدام الواسع للمفهوم إلا أنه لا يلقى إجماعاً في الحقل الأكاديمي حول مدلولاته، ويبقى من المفاهيم الجدلية بين المختصين نظراً لتعدد مداخل دراسته.

تعرف شبكات التواصل الاجتماعي على أنها بأنها منظومة من الشبكات الإلكترونية تسمح للمشاركة فيها بإنشاء موقع خاص به، ومن ثم ربطه عن طريق نظام اجتماعي إلكتروني مع أعضاء آخرين لديهم الاهتمامات والهوايات نفسها (1).

فهي عبارة عن برمجيات معلوماتية، تم تصميمها وهندستها في شكل أدوات، وبرامج، وتطبيقات، تفعل عبر الإنترنت، وتسمح بتواصل الأفراد والجماعات والمؤسسات، وتفاعلها في أي وقت، ومن أي مكان، وقد عرفت تطورات كمية وكيفية متسارعة، حتى أصبحت عبارة عن نسيج متشابك للعديد الوسائط المتنوعة.

ظهرت شبكات التواصل الاجتماعي "كالفيس بوك Facebook وتويتر Twitter اليوتيوب Youtube والمدونات الإلكترونية مع الجيل الثاني من الويب Web 2.0، أو ما سمي بالويب التفاعلي، فقد عرف تطور الشبكة العنكبوتية ثورة تقنية كبرى بالانتقال من جيل الويب 1.0 إلى الجيل الثاني Web 2.0 .

فجيل الويب 1.0 كان عبارة عن مواقع للقراءة فقط يتضمن صفحات html ثابتة (static) غير تفاعلية ونادراً ما يتم تحديثها (محتوى ثابت). بعد ذلك جاءت الويب 1.5، وهي عبارة عن "الويب الديناميكية" والتي تكون فيها صفحات شبكة الإنترنت تُنشأ فوراً من محتويات قواعد البيانات باستخدام نظم إدارة المحتويات، أما الجيل الثاني من الويب Web 2.0 فهو شبكة اجتماعية ذات اعتمادية أكبر على المستخدمين، وفيه يستطيع الفرد عبر مختلف التطبيقات التأثير في المحتوى المعروض فالعملية التفاعلية تكون في اتجاهين وليس في اتجاه واحد كما في جيل الويب السابق (1).

وتعد سنوات التسعينات الأولى من القرن الماضي هي البداية الفعلية لبروز مواقع التواصل الاجتماعي أو التي تسمى شبكات التواصل الاجتماعي على الإنترنت (Social Networks)، حيث صمم (راندي كونرادز) موقعاً اجتماعياً للتواصل مع أصدقائه وزملائه في الدراسة في بداية عام (1995) وأطلق عليه أسم (Classmates.com)، وبهذا الحدث سجل أول موقع تواصل إلكتروني افتراضي.

(1) - راضي زاهر، استخدام مواقع التواصل الاجتماعي في العالم العربي، مجلة التربية. العدد 15، عمان: جامعة عمان الأهلية، 2003، ص 23.

(1) - تامر الملا، تطور أجيال الويب وأثرها على التعليم، شوهد يوم 25 جانفي 2019، على الموقع:

ويعتبر جيل الويب 2.0 مرحلة انتقالية هامة في تاريخ شبكة الويب والتي تتمثل في الانتقال من مفهوم المواقع التقليدية التي يعتمد محتواها الموضوعي على ما تتيحه الجهة القائمة على إدارة الموقع، إلى مفهوم التطبيقات المتكاملة التي توفر مجموعة من الخدمات التفاعلية في متناول المستخدم⁽²⁾.

عرف مجال الوسائط الاجتماعية ومواقع التواصل ثورة كبيرة في بداية الألفية الثالثة بظهور موجة جديدة، متنوعة كما وكيفا لهذه الوسائط، وهي مجموعة مترابطة من المواقع والشبكات والتطبيقات التي ظهرت مع الجيل الثاني لمواقع الويب في فضاء الانترنت المفتوح، وكان من أبرزها موقع فيسبوك (FaceBook)، وموقع تويتر (Twitter)، وموقع لينكدإن (linkedin) واتس اب WhatsApp (، فاير Viber والمدونات الإلكترونية (Weblogs).

يعتمد الويب 2.0 على الكثير من التطبيقات التقنية على غرار شبكات التواصل الاجتماعي، والمدونات (Blogs) ومنتديات الحوار، والويكي (Wiki)، والملقمات (RSS). فالمدونة هي عبارة عن صفحة ويب تظهر عليها تدوينات (مدخلات) مؤرخة ومرتبطة ترتيباً زمنياً تصاعدياً، تصاحبها آلية لأرشفة المدخلات القديمة، تسمح بالمشاركة والتفاعل بين مؤلفها وقارئها، أما الويكي فهو برنامج يتيح للمستخدمين إنشاء صفحات الويب وتحريرها وربطها بسهولة، وهو يستخدم عادة لإنشاء مواقع الويب التعاونية وتعد الموسوعة الحرة العالمية Wikipedia من أشهر مواقع الويكي الموجودة على الويب⁽³⁾.

أما ملقمات (RSS) هي اختصار لـ Really Simple Syndication، التي تعني النشر المتزامن البسيط، وهي تقنية تسمح للفرد بتلقي معلومات ترسل إليه بشكل منتظم، بدون الحاجة لزيارة مواقع الإنترنت التي تقدم هذه المعلومات، حيث تزود المستخدم برابط يوصله إلى المعلومات وتحديثاتها.

وبالإضافة إلى هذه التقنيات هناك تطبيقات وتقنيات أخرى؛ كمنتديات الحوار (Discussion Forums) المصممة لإدارة الحوار بين أعضاء المنتدى المشتركين وكذا زوار المنتدى، الذين بإمكانهم إضافة محتويات جديدة للمنتدى، أما تطبيقات وسائط التواصل الاجتماعي فقد عرفت تنوعاً كبيراً وانتشاراً مدهلاً، أدى إلى انخراط هائل للأفراد في هذه الشبكات وكثافة استخدامها، للتواصل وتبادل المعلومات والآراء وتقديم مختلف الخدمات، والمشاركة في الأحداث اليومية بالصوت والصورة والرسائل الفورية، بالنظر إلى المميزات والخصائص التي تتميز بها هذه الشبكات.

تتسم هذه الشبكات الاجتماعية بعناصر مثيرة وجاذبة، كالفورية (Immediacy)، والتفاعلية (Interactivity)، وتعدد الوسائط (Multimedia)، والتحديث (Updating)، والمرونة، وسهولة الاستخدام⁽¹⁾، ما مكنها من اختزال المكان واختصار الزمان وجعلها لغة العصر، التي مكنت الأفراد من المشاركة في بناء العالم الجديد⁽²⁾.

تشير الدراسات إلى أن عدد المستخدمين النشطاء لفيس بوك شهرياً 1.55 مليار مستخدم، يقضون ما مجموعه 52 دقيقة يومياً من وقتهم، ويشكلون 47 بالمائة من إجمالي مستخدمي الإنترنت، ويضغطون على زر لايك 5.5 مليار مرة يومياً، وسجل الموقع 5

(2) - أحمد فرج، تقنيات الويب 2.0 وتوظيف تطبيقاتها في مؤسسات المعلومات، مجلة أعلم عدد 7، أكتوبر 2010، ص 5.

(3) - ياسر يوسف عبد المعطي، ناصر متعب الخرينج، رحلة المكتبات من الويب 1.0 إلى الويب 4.0، مجلة أعلم، العدد 16، جانفي 2016، ص 177-178.

(1) Thierry Wellhoff, Tout ce que vous avez toujours voulu savoir sur les media sociaux, l'agence Wellcom, Paris, 2012, p8.

(2) - خالد حنفي علي، أي دور للشبكات في تغيير عالمنا؟، مجلة السياسة الدولية (ملحق اتجاهات نظرية)، مركز الأهرام للنشر، القاهرة، العدد 202 أكتوبر 2015، ص 3.

مليارات مشاهدة يوميا لتسجيلات الفيديو، أما عدد مستخدمي Whatsapp فيبلغ الآن مليار شخص، والماسنجر 800 مليون شهريا، ويجري إرسال 52 مليار رسالة و 257 مليون فيديو عبر "واتساب" يوميا، وتعدى موقع تويتر دور التواصل الاجتماعي ليصبح الموقع الأول للمشاهير ورجال الأعمال والسياسيين، أما تطبيق الانستغرام الذي بدأ في عام 2010 نمى بقوة، بحيث تشير التقديرات إلى أنه في عام 2013 سجل مليون مستخدم، ونحو أربعة مليارات عملية تحميل الصور وعرضها⁽³⁾.

أما تطبيق Google+ فهو واحد من شبكات التواصل الاجتماعي الذي يضاف إلى خدمات Google الأخرى، كالبحث على الشبكة العالمية، و Gmail ، ويوتيوب، يتضمن Google+ ميزات الوسائط الاجتماعية كالتعليقات، صور ومشاركة المقاطع الصوتية والفلمية، ودرشة الفيديو، وما إلى ذلك من حلقات التواصل الاجتماعي. وقد أصبحت شبكات التواصل الاجتماعي هي لغة الأفراد العالمية اليومية، حيث ارتبطت بكل التفاعلات والقضايا التي تمهمهم. وامتدت في النسيج الاجتماعي لتشكيل أهم الأسس في مفاهيم ومضامين السلوك الاجتماعي للأفراد.

2- ماهية المواطنة:

يشير مصطلح المواطنة (La citoyenneté) أو (Citizenship) إلى المساهمة في حكم دولة ما على نحو مباشر أو غير مباشر، كما يستخدم أحيانا للدلالة على العملية أو الحالة التي يعد الفرد بمقتضاها مواطناً لجرد أنه يعيش في رحاب دولة معينة، أو ينتمي إليها ويخلص لها ؛ ومن ثم يحظى بالحماية⁽¹⁾.

تمثل المواطنة أحد ركائز الديمقراطية فهي الرابط الأساسي بين المجتمع والدولة، حيث تمثل صفة المواطن التي تحدد حقوقه وواجباته الوطنية، وتتميز المواطنة بنوع خاص من ولاء المواطن لوطنه وخدمته في أوقات الحرب والسلام لتحقيق الأهداف التي يصبو إليها الجميع⁽²⁾، فالمواطنة ليست خيارا، أو قرار يتخذ، أو منحة تعطى، بل هي عملية مستمرة؛ وخبرة تراكمية، تؤسس للحقوق والواجبات، وقواعد التفاعل، وأسس العلاقات، فهي مشروع بناء يترقى من خلال ثمرات الكفاح المتواصل في وجه الأعداء المتربصين بالوطن⁽³⁾.

وهذا ما يتطلب تجنيدا مستمرا لكافة الأفراد المواطنين، وتوظيفهم لكل قدراتهم ومهاراتهم، وتنميتها خدمة للصالح العام، وترقية للمكاسب الوطنية والثوابت الأساسية، وتسخير الإمكانيات والأدوات لمواجهة كل التهديدات والأخطار التي تضر بالمصالح الحيوية العليا للوطن، وتعد شبكات التواصل الاجتماعي من بين هذه الأدوات والوسائط التي يمكن توظيفها، واستغلالها لتحقيق المواطنة الفعالة، وترقية السلوك الاجتماعي والحس الهوياتي لتفعيل الانتماء الفعال والمثمر خدمة للصالح العام.

يختلف مفهوم المواطنة من الفكر الغربي إلى المنظور الإسلامي، ويختلف أيضا من أيديولوجية إلى أخرى، لكن القاسم المشترك بين مختلف المنظورات يرى أن المواطنة هي أساس الترابط الاجتماعي⁽⁴⁾.

تتضمن المواطنة كافة ارتباطات وتفاعلات وعلاقات الفرد بوطنه على كافة المستويات الجغرافية والاجتماعية والسياسية والثقافية، داخل وخارج جغرافية هذا الوطن، والوطنية الفعلية للفرد تظهر من خلال الالتزام بمبادئ وأسس ومعايير وقيم وتاريخ وعقائد

(3) - عبد الله بن محمد بخيت، دور شبكات التواصل الاجتماعي في ترسيخ قيم المواطنة من وجهة نظر الشباب الجامعي الغماني، جامعة الشرق الأوسط،

سلطنة عمان، مذكرة ماجستير كلية الاعلام 2017، ص ص 19-26.

(1) - جيدر حاج بشير، أثر الثورة الرقمية والاستخدام المكثف لشبكات التواصل الاجتماعي في رسم الصورة الجديدة لمفهوم المواطنة: من المواطن

العادي إلى المواطن الرقمي، مجلة دقاتر السياسة والقانون، العدد 15، جوان 2016، ص 69.

(2) - شليغم غنية، المجتمع المدني والمواطنة في الجزائر الواقع والمعوقات، جامعة باتنة، المجلة الجزائرية للأمن والتنمية العدد 8، جانفي 2016، ص 160.

(3) - سامح فوزي، المواطنة، مركز القاهرة لدراسات حقوق الإنسان، القاهرة، 2007، ص 66.

(4) - دومينيك شنابر وكريستيان باشوليه، ما المواطنة؟، ترجمة: سونيا محمود مجا، المركز القومي للترجمة، القاهرة، 2016، ص 11 .

هذا الوطن ورموزه وأفراد مجتمعه والاهتمام بقضاياهم والانخراط في مسارات بناءه والدفاع عن ثوابته ومكتسباته، والمساهمة الفعالة في ترقية مصالحه ومكانته بين سائر الأمم، والتسلح الكامل في مواجهة ما يهدد بقاءه، فالوطنية كمحور أساسي لتثبيت مبادئ وأسس وقيم المواطنة تقتضي تعميق الارتباط بأسس وفاعلية العقد الاجتماعي، إلى درجة الارتباط الروحي للأفراد من ناحية الحقوق وكذلك أداء الواجبات والأهم هو المساواة في ذلك بين كافة المواطنين الوطنيين.

(3)- شبكات التواصل الاجتماعي والمفاهيم الجديدة للمواطنة:

أثرت هذه الوسائط على الكثير من المفاهيم وأجبرت الباحثين والمنظرين على إعادة تعريف الحدود الإقليمية وعناصر الدولة، ومكونات المجتمع، وأسس المواطنة وثوابت الهوية الوطنية، والحدود الفاصلة بين المجال العالمي والمجال الوطني، وحدود التداخل بين ما هو واقعي وما هو افتراضي، وهذا ما دفع بيرري بارلو (John Perry Barlow) إلى إعلان مشروع استقلال عالم جديد بلا حدود داخل فضاء الانترنت في الفضاء الافتراضي، ليؤسس بذلك للمجتمع الإلكتروني، والمواطنة الافتراضية الإلكترونية، وميلاد ما يمكن تسميته بسلطة الحكومة الإلكترونية (Cybergovernment).

يرى الكثير من المنظرين كماكلوهان وايركسون أن المجتمع الافتراضي (Cyber Society) يعنى الحوار والتواصل والتفاعل المرتبط بالكمبيوتر والمبنى على التفاعل بين المتصلين والمستخدمين⁽¹⁾.

ينبع هذا المفهوم من فكرة ماكلوهان عن القرية العالمية والمتولدة عن زوال المكان واختصار الزمان، فقد برزت كيانات إنسانية جديدة عابرة للحدود، مكنتها الوسائط الاجتماعية من الترابط والاندماج فيما بينها، والتوافق في الأفكار والتقارب في الأطروحات، وتشبيك الوعي اتجاه الكير من القضايا والتحويلات العالمية التي لا تختص بمنطقة جغرافية محددة، أو ثقافة معينة، أو مجتمعات أو مجموعة حصرية، وكل ما يجمعها هو بناء فكري افتراضي، وقيم عولمية جديدة، وتدفعات معلوماتية هائلة، أدت في النهاية إلى مرونة التفاعلات الآنية باستمرار.

وعليه أصبحت ماهية المواطنة الجديدة تنصرف الى مفهوم المواطنة الرقمي، والتي تعني "مجموعة القواعد والضوابط والمعايير والأعراف والأفكار والمبادئ المتبعة في الاستخدام الأمثل للتكنولوجيا، والتي يحتاجها المواطنون صغارا وكبارا من أجل المساهمة في رقي الوطن ... فهي توجيه نحو منافع التقنيات الحديثة، وحماية من أخطارها⁽²⁾. فالمواطنة الرقمية هنا تعني عملية تعلم وتحري مستمر للاستثمار في إيجابيات الشبكات الاجتماعية الجديدة والعمل على التحرر من سلباتها وتفادي مخاطرها.

يقتضي الأمر من الفرد الصالح أن يعي في هذا السياق ماله وما عليه ضمن السياقين الاجتماعيين: الواقعي والافتراضي، باعتباره جزء من المنظومتين لا يكتمل بناءهما الا بمساهمته ودوره الفعال في مجمل العملية الاندماجية. وهذا من أجل تحقيق المفهوم الواسع للمواطنة الفعالة، فأحد أهم أبعاد المواطنة يتمثل في المشاركة في الحياة العامة وعادة ما يشار إلى ذلك بالمواطنة الفعالة⁽³⁾.

دفعت الطفرة الهائلة لتأثيرات شبكات التواصل الاجتماعي إلى إعادة تعريف ماهية المواطنة، ومرتكزاتها وقيمها الجديدة، من خلال فضاء تواصل مرن وفعال، يحقق المساواة وتكافؤ الفرص في التعبير عن الآراء والاقتراحات والمواقف، بخصوص أكثر القضايا الجوهرية الحاسمة في بناء قيم المواطنة، بعيدا عن الفوارق الواقعية واستعصاءات التواصل والتفاعل العادي.

ثانيا- وظائف شبكات التواصل الاجتماعي وأبعادها

(1) - عبد الله بن محمد بخيت، مرجع سبق ذكره، ص18.

(2) - جيدور حاج بشير، مرجع سبق ذكره، ص704.

(3) - سامح فوزي، مرجع سبق ذكره، ص11.

تعد شبكات التواصل الاجتماعي من أهم ابتكارات الثورة التكنولوجية الرقمية، وقد صممت في الأساس هذه الشبكات لتكون وسائط للتواصل وربط الأفراد ونشر المعلومة، لكن مرونة استخدامها وسرعة انتشارها أكسبها أبعادا اقتصادية واجتماعية وسياسية وثقافية توازي التحولات الثورية الكبرى، زيادة على وظائفها الرئيسية.

1- وظائف شبكات التواصل الاجتماعي:

بعيدا عن الوظائف الكلاسيكية لهذه الشبكات؛ فإنها لم تعد مجرد وسائل اتصال وتواصل، بل تعدت ذلك إلى أداء وظائف حيوية في الكثير من القضايا والتفاعلات.

تشكيل الرأي العام: تعمل الشبكات الاجتماعية من مختلف الوسائط على تشكيل رأي عام داخل المجتمع الإلكتروني الافتراضي، وهو ما يدفع المستخدم إلى تشكيل رأيه، ووعيه، وبناء منظومته الفكرية والقيمية من خلال القيم الجديدة السائدة داخل الرأي العام في الفضاء الافتراضي. وأظهرت الكثير من التحولات قدرة المؤسسات وصناع القرار ومدراء المؤسسات على توظيفهم للشبكات الاجتماعية في تشكيل الرأي العام، وتوجيهه، والتحكم فيه⁽¹⁾.

فهناك عدة مجالات حيوية تستطيع مختلف المؤسسات وصناع القرار توظيف هذه الوسائط الاجتماعية المتطورة، واستثمارها في تنمية وتطوير قدرات الأفراد وتأهيلهم على مستويات عالية، والرفع من فعاليتهم في الأنساق العامة للمجتمع، من المجال التعليمي إلى التوظيف الجمعي والتعبوي للأفراد في عمليات التنشئة والتنمية الشاملة.

(أ)- **التوظيف التعليمي**: أحدثت هذه الوسائط ثورة في المناهج التعليمية وطرق البحث، فقد تحولت إلى منصات تعليمية ساهمت في الرفع من قدرات ومهارات الأفراد، والاطلاع على مختلف البرامج والمنظومات التعليمية عالميا.

(ب)- **صناعة دوائر الهوية والانتماء**: تدفع شبكات التواصل الاجتماعي الأفراد إلى تقمص عدة هويات غير الهويات الواقعية لهم، مما يجعلهم يتمظهرون في سلوكيات مختلفة للبناء الهوياتي وسلوك المواطن الفعلي، ما ينجر عنه استدامة هذا التماثل الهوياتي والسلوك اللامواطي، كقيم جديدة لهوية الكترونية افتراضية تصعب من مسارات ترقية قيم المواطنة وحس الانتماء والارتباط الهوياتي.

(ج)- **التوظيف السياسي لشبكات التواصل**: تستخدم الوسائط الاجتماعية في السياق السياسي في الحملات الانتخابية وشرح برامج المرشحين وحشد التأييد والتعاطف لهم، فتؤدي هذه الشبكات الوظيفة التعبوية للسياسيين والحكومات والأنظمة، وإنجاز ما يعرف بالديمقراطية الرقمية في دول التعددية الحزبية والترسيخ الديمقراطي.

وفي الحالة العربية؛ أظهرت انتفاضات الربيع العربي وما أعقبها صعوبة التحكم السلطوي في التوظيف والانخراط السياسي لمستخدمي هذه الشبكات، فكانت لها تأثيرات حاسمة في مختلف مراحل الانتفاضات الشعبية وما تلاها من انجاز العملية السياسية خصوصا في تونس ومصر⁽¹⁾، وبغض النظر عن مدى ديمقراطية أو سلطوية النظام الحاكم، فإن الأنظمة السياسية استخدمت هذه الشبكات للقيام بالعديد من وظائف الأجهزة الحكومية⁽²⁾.

(د)- تشكيل الاتجاهات الأيديولوجية والفكرية:

(1) رأفت مهند عبد الرزاق، دور مواقع التواصل الاجتماعي في تشكيل الوعي السياسي، جامعة البترا الأردنية، رسالة ماجستير في الإعلام، 2013، ص 48-50.

(1) رانيا مكرم، أقول تدريجي: التوظيف السياسي لمواقع التواصل الاجتماعي، المركز الإقليمي للدراسات الإستراتيجية بالقاهرة، العدد 9، أوت 2014، ص 3-5.

(2) ابتسام علي حسن، فرص وقيود الاطراف المتنازعة على المجال العام السيبراني، السياسة الدولية (ملحق اتجاهات نظرية)، مركز الأهرام للنشر، العدد 208 مجلد 52، أفريل 2017، ص 13.

يجد كل فرد في هذا الفضاء الواسع المجموعة التي تتوافق مع آرائه وأفكاره وأطروحاته، ويشعر بالانتماء لها، وأحيانا التعصب لاتجاهاتها والدفاع عنها، ومحاولة حشد الأغلبية لها داخل الفضاء الافتراضي ومن خلاله على أرض الواقع، وهذا ما يولد قيم جديدة موازية لقيم الانتماء الوطني والحس الهوياتي والوعي الاجتماعي الجماعي، وبدلا من ذلك تمزق هذه القيم الجديدة ارتباطات الأفراد بالكيانات الوطنية لصالح كيانات جديدة لا حدود لها، حيث يجد الفرد تقديرا لذاته وأفكاره أكثر من الفضاءات الاجتماعية الواقعية.

هـ- الوظيفة الإعلامية:

حولت هذه الوسائط العالم إلى نسيج متداخل من الشبكات المترابطة والمعقدة، وجعلت الوظيفة الإخبارية وتداول المعلومة أمرا بالغ السرعة والسهولة، حول المدونين والمستخدمين إلى إعلاميين بشكل غير محدود.

وقد كان للتحويلات السياسية من الثورات الملونة في أوروبا الشرقية إلى الثورة الخضراء في إيران وصولا إلى انتفاضات الربيع العربي؛ كان لها الأثر البالغ في تحول شبكات التواصل الاجتماعي من مجرد منصات للتواصل وأداء الوظائف الإعلامية والتعبوية العادية إلى مراكز تأثير حاسمة، ذات أبعاد متعددة في مختلف التفاعلات.

2- أبعاد شبكات التواصل الاجتماعي:

شكلت الشبكات الاجتماعية مجتمعا افتراضيا مبنيا على تعدد الوسائط السمعية والمرئية والتصويرية والنصية المتشابكة على كافة المستويات التي تؤهل الفرد لأن يكون مواطنا رقميا في هذا العالم الافتراضي يعبر عن انتماءه من خلال القيم الجديدة لهذه الوسائط. ويرى البعض أن هذه الشبكات والوسائط تعمل على إدماج وترابط الأفراد من مختلف الثقافات، والأوطان والأديان، بغية توليد قيم كونية جديدة، لمواطنة عالمية غير محدودة، وهي بذلك تسعى للقضاء على التمايزات الجوهرية بين الحضارات، والشعوب، والأديان، والفوارق الأساسية بين تنازع الإدارات الوطنية، ما يعني أن هذه الوظائف مرتبطة بتحقيق أبعاد كثيرة .

تسمح هذه الشبكات بترقية قيم المواطنة بكل أبعادها، التي تحقق المواطنة الفعالة⁽¹⁾.

ففي المجال السياسي؛ تسمح الشبكات للشباب بالترويج للبرامج السياسية والنضال من أجل نشر قيم الديمقراطية والتمدن، والتعريف بأسس دولة الحق والقانون، والسماح للشباب بالتعبير عن شعورهم بالانتماء الوطني والاعتزاز بالرموز والقنوات التاريخية والوطنية، من خلال النشر والتعليق وتبادل الآراء والترويج للرموز والقنوات والمآثر التاريخية، والحث على المساواة ونبد التعصب والكراهية والتطرف.

وفي المجال الاجتماعي؛ تمكن الشبكات الاجتماعية من ترقية قيم العمل التطوعي، وبث روح التضامن والتساند والتكافل الاجتماعي، وحسن الحوار، والمشاركة في المبادرات الخيرية والمشاريع الاجتماعية الهادفة، وحملات التوعية وتحسين السلوك الاجتماعي وتربية النشأ والمحافظة على الآداب والأخلاق العامة.

أما في المجال الثقافي؛ تمكن وسائط التواصل الاجتماعي الأفراد من تحقيق بعد أساسي للمواطنة في المجال الثقافي والحضاري، حيث تسمح لهم بالتعريف بالآثار والتحف الفنية والمواقع التاريخية والسياحية والتشهير بها، والترويج للمناطق الطبيعية والأثرية، والتعريف بالتقاليد والأعراف وما تزرخ به من تراث مادي ومعنوي، لترقية الحس الوطني وإعلاء لقيم الانتماء والاعتزاز وكل ما ينمي القيم العليا للمواطنة.

إلا أن دراسات أخرى تركز على الأبعاد السلبية العميقة لهذه الشبكات وترى أن أبعادها القيمية العميقة تحمل مشروعا لعولمة المواطنة، ومحو الفوارق الثقافية الخاصة، وطمس الهويات وخصوصيات الأمم⁽²⁾.

(1) - سامح فوزي، مرجع سبق ذكره، ص 66.

ومثلما تعمل هذه الشبكات على تحويل المستخدم من متلقي للمعلومات والأفكار إلى منتج لها، فإنها تعمل أيضا على تحويل منتسبيها من معتنقي قيم وأفكار إلى منتجين لها، وهذا ما يؤسس لأبعاد متميزة لما يسمى بالمواطنة الافتراضية، والمجتمع الافتراضي، وما يمكن أن يفرزه من تأثيرات جديدة على قيم المواطنة للأفراد.

ثالثا- الأدوار المتغيرة لشبكات التواصل الاجتماعي في صناعة قيم المواطنة

أوضحت شبكات التواصل الاجتماعي أدوات رئيسية لبناء منظومة الأفكار لدى الأفراد، وترقية وعيهم اتجاه المنظومات الوطنية والدولية على كافة المستويات، ولم تعد هذه الشبكات مجرد عالم افتراضي للتواصل؛ فهي شبكات مترابطة ومعقدة قادرة على تمكين الأفراد من صنع الفارق في التفاعلات الاجتماعية والسياسية، وتغيير الواقع والتأثير في قضاياها.

وتعتبر هذه الوسائط روافد رئيسية لبناء وترقية قيم المواطنة، في مرحلة انتقالية فاصلة تشهد ثورة تكنولوجية ومعلوماتية تتجاوز أطر وبنى المنظومات التقليدية، الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، لا يمكن تجاهل تأثيراتها ومضاعفاتها على كافة المستويات، أو استبعاد دورها المحوري في التفاعلات الاجتماعية المعاصرة، بأبعادها الجهوية والوطنية والعالمية، في عصر تكثفت فيه عمليات العولمة وتشابكتها البناء والهدامة، وتعددت ارتباطاتها المتبادلة، فهي تدي الكثير من الأدوار المتغيرة، والمتناقضة في الكثير من الأحيان مابين إيجابياتها وسلبياتها.

لا تمثل هذه الشبكات مواقع للتواصل وتقديم الخدمات وتبادل الأفكار فقط بل أنها تتعامل مع كافة القضايا بتفاعل مكثف وعميق يسمح لجميع الأفراد بتقديم آرائهم وأفكارهم واقتراحاتهم حول المشاكل والقضايا مهما كانت مستوياتها.

-تقدم الشبكات الاجتماعية عديد الخدمات وفرص التواصل المثمر والبناء، وفضاءات التفاعل لمعالجة المعضلات والمشاكل التي تنخر قيم وثوابت الأوطان، ويمكن تسخير هذه الفضاءات لتعزيز الاندماج الاجتماعي والهوياتي ورأب الصدع بين المكونات الاجتماعية، وردم هوة الفوارق العرقية والجهوية من خلال التواصل المباشر، فهي وسائط مساعدة على خلق بيئات التواصل ومناخ التشارك والتقارب، ومعالجة الاحتقانات الداخلية بين مختلف الطبقات والمجموعات المكونة للمجتمع.

تمكن الأفراد من طرح مشكلاتهم والمعضلات التي يواجهونها، ومن ثمة محاولة معالجتها في إطار تفاعلي وطني يمكنهم من إعادة بناء الشعور الوطني وقيم الانتماء، وتثبيت مبادئ المواطنة التضامنية، وهو ما يسمح بترقية قيم المواطنة والحس الوطني للأفراد، وإعادة الاعتبار للأولويات الوطنية والمصلحة العامة على حساب الفردانية الهدامة

تظهر الكثير من النماذج الناجحة للأفراد الذين استغلوا الوجه الإيجابي من هذه الوسائط، في الرفع من قيم الوعي وتنمية القدرات والمؤهلات الفردية في كافة المجالات، خدمة للصالح العام والمقاصد الوطنية، وتثبيت منظومة القيم وأسس الهوية الوطنية بكل مستوياتها التاريخية والثقافية والدينية والاجتماعية وصيانة رموزها وقداوتها في إطار التفاعل الحضاري والثقافي المتعدد الأوجه، في سياق العولمة والتحول الاجتماعي والتكنولوجية العابرة للحدود.

تحسين سلوك المواطنة والتمدن، إذ تسمح الوسائط الاجتماعية للأفراد بمعالجة المشاكل والمعضلات الاجتماعية في إطار هادئ وبناء، ومن خلال المعالجة المثمرة على أساس التضامن والتساند الاجتماعي، وتشريح الظواهر من كل جوانبها، لوضع علاجات توافقية تتعامل مع جذور المعضلات بإيجابية.

(2) - عثمان عامر، المواطنة في الفكر الغربي المعاصر: دراسة نقدية من منظور إسلامي، مجلة جامعة دمشق-المجلد التاسع عشر -العدد الأول 2003،

-تحقيق التقارب بين أفكار الشباب، وبناء التفاهات بشأن النقاط الخلافية، خاصة في مجتمعات التعدد العرقي الاثني والقبلي، وهو ما يسمح بمعالجة مقدمات الصراع الاجتماعي، وبذرات التطرف والعنف في مولدها، لصالح الوحدة الوطنية وتثبيت بيئة الاستقرار والحوار، وبالتالي تمنح الفواعل الوطنية فرصة كبيرة لترسيخ قيم الحوار والتفاعل المثمر، وتثبيت الحلول الجماعية السلمية والتضامنية كمقاربة لمعالجة كافة المعضلات والمشكلات الوطنية على كافة الأصعدة، وهذا ما يعد أكبر رصيدة لتقوية الوحدة الوطنية، وترقية مبادئ المواطنة، وتعظيم مكاسب الوعي الجماعي لتعزيز الانتماء والشعور الوطني، بناء على الرصيد القيمي المحقق من خلال مسيرة الإجماع الوطني وعملية المواطنة الفعالة.

استغل الشباب شبكات التواصل لإنشاء صفحات تقوم على قواعد حب الوطن للراقي بالمواطن داخل مجموعته الوطنية، ما يجعل المستخدمين، المنتسبين عبر هذه المواقع، و الصفحات والمجموعات يتشاركون فيما بينهم مجموعة القيم والمعارف التي تبنيتها صفحاتهم ودافعت عنها، حيث يصبح هؤلاء وقد نمت بينهم مشاعر المواطنة بشكلها الإلكتروني ، وزرعت بينهم قيم الحمية والدود عن الوطن، ونكران الذات، والعمل الجماعي من أجل الصالح العام في الدولة⁽¹⁾.

هذا ما يبين أن الوسائط الاجتماعية مختبر فعلي لاكتشاف ودراسة اتجاهات الشباب، وتوجهاته الفكرية والاجتماعية والثقافية، حيث تسمح هذه الوسائط من استقراء أهم القيم والعوامل الحاسمة والمثمرة في بناء شخصية الفرد، ومكونات ثقافته وتفضيلاته، من أجل وضع استراتيجية متكاملة لدمج هذه الوسائط كآليات مكملة لتأهيل قدرات الأفراد، ورفع من درجة الحس الوطني، وتنمية الوعي الجماعي بقيم المواطنة وثوابت الهوية.

يمكن لهذه الوسائط أن تقضي على الصور النمطية للأفراد اتجاه الآخر خاصة في مجتمعات التعدد العرقي، وبذلك توفر فضاء للتقارب وبناء الثقافات الوطنية، وتحقيق الاندماج المجتمعي من خلال المجتمع الشبكي⁽²⁾، فهناك فرص كبرى تتيحها الشبكات الاجتماعية لبناء ثقافة الحوار والتفاهم في المجتمعات المتأزمة وفي مجتمعات التعدد، تستطيع من خلالها الفواعل الوطنية والشركاء الاجتماعيين التقليل من احتمالات العنف، والتعصب، والاتجاهات العنصرية، أكثر منها في الميادين العامة والفضاءات المباشرة للحوار ومختلف العمليات السياسية والاجتماعية.

تساهم شبكات التواصل الاجتماعي في ترقية قيم المواطنة اللازمة لتحقيق مناخ المساواة والعدالة وحقوق الإنسان، فهي أدوات رئيسية يمكن توظيفها لتحقيق الأمن الوقائي، اجتماعيا وسياسيا وثقافيا واقتصاديا، بالمشاركة والابلاغ، والمراقبة، والمرافقة المستمرة للجهات الوصية، والمتابعة الفعلية البناءة لمجمل القضايا، والمشكلات التي تواجه المواطنين⁽³⁾.

وعلى أساس ما تقدم من أدوار يمكن تحويل الشبكات الاجتماعية إلى منصات حية لتثبيت مقاربة الحوار الشامل والتفاعل المباشر، وتبادل الأفكار، كمنظومة شاملة لتعزيز الانتماء، وتحقيق المساواة الوطنية، في إطار عقد اجتماعي يعلي من شأن قيم المواطنة، وأولوية الصالح العام والمقاصد الوطنية، ويمكن الأفراد من المشاركة الواسعة في خطط وسياسات التنمية والمساهمة بالأفكار والاقتراحات والرؤى ومختلف التصورات حيث تمكن هذه المنصات من اكتشاف النماذج الناجحة للأفراد لتعميمها والاستفادة منها واستحضار التجارب المميزة لمقاربة أفكارها خدمة لتوظيف إيجابياتها في خطط التنمية الوطنية، بمشاركة جميع المكونات الاجتماعية الوطنية.

(1) -جيدور حاج بشير، مرجع سبق ذكره، ص708.

(2) - عبد الله بن محمد بنجيت، مرجع سبق ذكره، ص110.

(3) - عبد الله بن سعيد بن محمد، قيم المواطنة لدى الشباب وإسهامها في تعزيز الأمن الوقائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، 2011، ص104-109.

صاحب تطور هذه الشبكات واتساع نطاق استخدامها الكثير من المخاوف على كافة المستويات، نظرا للأهمية والدور الذي اكتسبته في صناعة الكثير من التفاعلات، والتحكم في التحولات السياسية والاجتماعية، وبذلك طرح الجانب السلبي لأدوار هذه الشبكات، إلى درجة تغليب مساوئها على إيجابياتها، في ظل التهديدات والأخطار التي أفرزتها في الترويج للدعايات المغرضة، وتحفيز اتجاهات التفكك والعنف، والتمزيق الهوياتي، والصراعات العرقية والاجتماعية، ودعم خطابات التطرف والصراعات المذهبية، وبذلك ظهرت كموامل هدم وأدوات تفكيك اجتماعي وسياسي أيضا، تستهدف البناء الفكري والكيان القيمي الوطني للشباب في المقام الأول. من سلبياتها ومخاطرها وتوظيفها في أدوار مدمرة للقيم الوطنية؛ أنها قللت من أهمية الروابط الاجتماعية، وفككت الكثير من البناءات، وأدت إلى تجميع أسس المواطنة والهوية، والتقليل من أهمية الولاء والانتماء في مقابل تعزيز الارتباط العالمي، وتمزيق الارتباطات الهوياتية الوطنية، والإعلاء من أهمية وقيمة الانتماء العالمي، ومناصرة الفردانية والحريات الشخصية على حساب الانتماء الوطني والقيم الجماعية، وبذلك فهي تؤسس للتمزيق الهوياتي والانحطاط القيمي وتحفيز التناقضات والتصادمات المجتمعية.

بعد أن أثرت على أفكار الشباب وتوجهاتهم، أصبحت الوسائط الاجتماعية أسلحة جديدة في يد الشبكات الإرهابية والاجرامية باستخدامها في الوظائف والأدوار الإرهابية، وظهور ما يسمى بالإرهاب الشبكي (SYBERTERRISM) حيث تدير الشباب عن بعد، بواسطة شبكات التواصل لتنفيذ عمليات مسلحة، والمشاركة في مختلف الأعمال الإجرامية، كما أنها مكنتهم من تدريب وتكوين وتوجيه الشباب ورفع قدراتهم الإجرامية بواسطة تلك الشبكات⁽¹⁾.

أحدثت هذه الوسائط منذ ظهورها حالة من الاهتزاز القيمي لدى الأفراد، ومع تعدد الوسائط وعسر التحولات الاجتماعية والسياسية في الدول العربية تضاعف تأثير موجات الاهتزاز القيمي، وأدى ذلك إلى تمزيق ارتباطات الأفراد برمزياتهم وقدراتهم، وتركيزهم على الانحطاط العميق في القيم العولمية، والقضايا العالمية والانسلاخ عن الثوابت والأسس الهوياتية والعقدية، ما أدى إلى حدوث تفككات اجتماعية، وهوة كبيرة في العلاقات الاجتماعية والتفاعلات الوطنية المناطقية، واهتزت كيانات الأسر باعتبارها الوحدة الأساسية للمنظومة الاجتماعية، وما أعقبها من شروخات هائلة، قلصت بشكل جذري من مكانة التقاليد والأعراف، ومكانة الرمزيات والقدرات، في سلم أولويات الأفراد وتفضيلاتهم الأساسية، لبناء سلوكياتهم ومنظومة أفكارهم وطموحاتهم المستقبلية.

كما أفرزت طرق تفكير وأنساق تفاعلات اجتماعية وأنماط ثقافية متشابكة أثرت بشكل كبير على قيم ومكونات الوطنية الأصلية، فهي تعمل على تجفيف خزانات الشعور الجمعي بالانتماء والولاء الوطني، وتمزيق ارتباط الأفراد بدوائر اندماجهم الهوياتية، وقطع صلات الفرد بتاريخه وتقاليد، وتعميق ارتباطه بالقيم العولمية الجديدة، ما يؤسس لاستدامة اختراق اللحمة الوطنية والتماثل الاجتماعي، و التعرض للرموز والقدرات الوطنية لزرع الانشقاق والتفكك داخل الوطن الواحد.

يواجه الشباب سيلا هائلا من الأفكار والمعتقدات والقيم المغرضة، التي تستهدف الكيان القيمي والاجتماعي والتاريخي والرمزي للأفراد، ويخوض الشباب تحديات عسيرة لمواجهة الحروب النفسية وتدفقات القيم الجديدة، وهو ما يدفع الأفراد لاستغلال هذه الشبكات نفسها لتحقيق رهانات الأمن القيمي وتحصين الحس الوطني وصيانة ثوابته وقيم هويته واندماجه الاجتماعي والإعلاء من مكانة رموزه وقدراته، وهذا يحتاج الى سياسات واستراتيجيات إرشادية في استخدام هذه الشبكات لتوظيفها في صناعة قيم المواطنة وترسيخ ثوابت الانتماء والهوية الوطنية.

رابعا- الآليات والسياسات الإرشادية لاستخدام الوسائط الاجتماعية

(1) - فاطمة الزهراء عبد الفتاح، تطور توظيف جماعات العنف ل"الإرهاب السيبراني"، السياسة الدولية(ملحق اتجاهات نظرية)، مركز الأهرام للنشر، العدد 208 مجلد 52، أبريل 2017، صص 25-28.

بقدر ما تحمل هذه الوسائط من أسلحة هدم وتدمير ممنهج؛ فإنها تتوفر أيضا على قدرات ومكاسب هائلة لتأهيل الشباب، وتنمية قدراتهم، وترقية قيمهم ومكتسباتهم الإيجابية، لبناء الوطن وتحقيق المواطنة السوية والكاملة لجميع أبناء الوطن الواحد، وترجيح الجوانب الإيجابية لهذه الوسائط، خدمة لبناء المواطنة، وهذا يتوقف على مدى فعالية أساليب وأنماط استخدامها، ومدى إيجابية آليات المراقبة والمعاقبة، ومواءمة التشريعات القوانين، والمراقبة الفعلية لبرامج ونشاطات مستخدمي هذه الوسائط، وترشيد توجهاتها بما يخدم الصالح العام، وحتى تتحقق المناعة القيمة لدى الشباب يلزم وضع مجموعة من السياسات والاستراتيجيات الإرشادية، منها:

ضرورة الاهتمام بالوسائط الاجتماعية ومستخدميها وإيجاد إطار تنظيمي وتوجيهي فاعل لضمان إيجابية مشاركة مستخدميها في ترقية قيم المواطنة وخدمة مقاصد الصالح العام، من خلال اطر تحسيسية وتعريفية دورية بأنماط المشاركة والتوجيه اللازمة لضمان عدم انحراف هذه الوسائط والشبكات المقترنة بها وإبقائها في الإطار الوطني والتفاعلي الخارجي الإيجابي بشكل مثمر بما يقدم إضافات وتراكمات معرفية وقيمة تؤهل الجيل الجديد من الشباب من التأقلم والتكيف مع تحديات موجة العولمة وإفرازاتها السلبية ومواجهة مخاطرها وأعراضها السلبية على الثقافات والقيم والعقائد والمكتسبات الوطنية.

وضع ضوابط مصاحبة لاستخدامات هذه الشبكات، لتكون المكمل المتمم الإيجابي للتنشئة الاجتماعية، من الأسرة إلى المدرسة، ومن المؤسسات إلى الجهات الوصية .

تكثيف حملات التوعية والتوجيه، والتكوين في هذا المجال، والدراسة الدورية المستمرة لتوجهات وقيم مستخدمي هذه الشبكات، ورصد درجة الاهتزاز القيمي لديهم، لمعالجة إفرازاتها من الانحرافات قبل أن تنخر قيم الفرد، وتفكك ترابط المجتمع، ونسيج الأمة، أي ضرورة خلق آليات المعالجة الوقائية والاستباقية المرافقة لاستخدامات هذه المواقع ومراقبتها المستمرة.

-يجب أن تضطلع كل وحدة بدورها في تسليح الفرد بعوازل التصدي للمؤثرات السلبية لهذه الشبكات: دور الأسرة في تنمية قيم التضامن الاجتماعي، ودور المدرسة في الرفع من مشاعر الارتباط بالهوية الوطنية والدفاع عن مكتسبات الأمة ومآثرها، ودور المسجد في ترقية قيم الإيمان والالتزام بالتعاليم ونهج القدوات.

أهمية تنمية الوازع الديني لدى الشباب، كمضاد حيوي لكبح الإفرازات السلبية لهذه الشبكات، وجعلها في خدمة قيم المواطنة والالتقاء الوطني.

وضع مخططات مراقبة محكمة لتجفيف ارتباطات الجماعات الإجرامية، والجماعات المسلحة، وكل الأطراف التي تسعى إلى نشر الخطابات التحريضية والمغرضة، وقطع صلاتها قدر الإمكان بفضاءات المستخدمين، ومواقعهم الترويجية، دون الحد من حريات الأفراد، أو التدخل في إرادتهم التفضيلية الخاصة التي لا تتنافى مع القيم الوطنية.

إن الوسائط الاجتماعية سلاح ذو حدين، فيمكن أن تكون أدوات لصناعة قيم المواطنة والمساهمة في إحداث التنمية والنهضة الاقتصادية والإقلاع الحضاري، ويمكن أن تكون أدوات هدم فتاكة، تنخر قيم الأفراد وتعمل على تسريع اتجاهات التمزق الهوياتي والتفكك الاجتماعي، وهذا ما يجعل من الضرورة أكثر من أي وقت مضى الاهتمام بالسياسات الإرشادية والتوجيهية في استخدام هذه الوسائط، والإسراع في وضع الأطر والتعريفات والتشريعات اللازمة لتوظيف هذه الوسائط كرافعة إيجابية لترقية قيم المواطنة وآلية لتطوير قدرات الشباب والرفع من مؤهلاتهم وتوجيه أفكارهم البناءة، وتنمية طموحاتهم التغييرية الهادفة إلى خدمة الصالح العام ومقاصد الهوية الوطنية التضامنية والثقافات المحلية الفاعلة.

خاتمة:

فرضت شبكات التواصل الاجتماعي نفسها بقوة في العالم العربي منذ ظهورها قبل أكثر من عقد من الزمن، وأثرت على إعادة رسم أنماط العلاقات الاجتماعية ببنيتها التقليدية والحديثة، ما أدى إلى تأسيس مجتمعات عربية افتراضية، أكثر قوة وتأثيرا على الصعيدين

الاجتماعي والسياسي، وما ساعد أكثر على فرض هذه الشبكات هو سهولة استخدامها، وسرعة ونطاق انتشارها، وصعوبة التحكم والرقابة عليها من طرف المؤسسات الوصية، ما ساعدها على تأسيس مجتمعات افتراضية جديدة أكثر فعالية من المجتمعات التقليدية وبنياتها وأنماط علاقاتها.

تزداد الشبكات الاجتماعية الأفراد بالكثير من الآليات، والتطبيقات، التي تسمح لهم بترقية منظومة الوعي الجماعي خدمة للمصلحة الوطنية، وتأهيل قدراتهم للانخراط المثمر في قضايا ومشكلات المجتمع، والتصدي لكل محاولات زعزعة الاستقرار، ونشر العنف والكراهية، والجهوية والعنصرية، بين مكونات المجتمع داخل الوطن الواحد.

ويظهر من خلال هذه الدراسة أنه يمكن توظيف هذه الوسائط لترقية العديد من القيم ذات الصلة بصناعة المواطنة، وترسيخ ثوابتها، إذ يمكن استخدامها لخلق مناخ إعلامي توعوي وفضاء لبناء التقارب والتفاهات والاندماج، ووعاء لتجميع اتجاهات الشباب وأفكارهم، واستكشاف هواجسهم وطموحاتهم، ومنصات لتحقيق الجودة العلمية من خلال التأهيل ورفع القدرات، ومختبر لمعالجة مشكلات الشباب، ومواجهة معضلات الإحباط كما يمكن توظيفها لتحقيق التعدد الثقافي، والانفتاح على الآخر والقضاء على الصور النمطية، والتغلب على حالات نشر الكراهية والأحقاد وتنازل الفتن، للرفع من وعي الأفراد وترسيخ أسس انتماءهم، وقيمهم الوطنية، وارتباطهم برموزهم وقداوتهم.

إن التوظيف الإيجابي والمرن لهذه الشبكات، والمتضمن المرافقة والمراقبة، يمكن أن يجعل من هذه الشبكات منارة تنير وعي الشباب، وترفع من قدراته وارتباطاته الهوياتية والاندماجية، وبوصلة ترشد السلوك السوي والمتمدن للأفراد، في ظل موجات العولمة الهدامة، والحروب النفسية المغرضة لتمزيق الكيانات العقدية والتاريخية للأفراد.

تمثل الوسائط الاجتماعية إذا ثورة حضارية واجتماعية، ومرحلة تطور علمي مهم من مسار الانتاج البشري، والإبداع الإنساني، ويمكن اعتبارها علامة فارقة لعوالم وهويات وأنماط تفاعل وعلاقات جديدة، تهندس لحدود وخرائط افتراضية، وتؤسس لبنيات وأنظمة جديدة إلى جانب النظم الاجتماعية والسياسية التقليدية، فهي تعمل على تحويلها وتكييفها مع إفرازات وتحولات هذا العصر التكنولوجي المعلوماتي والعالم المعولم، فلا سبيل أماننا سوى استخدامها في صناعة قيم المواطنة، وتكوين الأفراد على توظيفها فيما يؤهلهم للتسلح بتقنيات العصر اللازمة لمواجهة إفرازات التحولات السلبية، وكل ما يؤهلنا للإقلاع النهضوي، والالتحاق بالركب الحضاري المعاصر.

واقع الإدارة الحكومية في اليمن وضرورة الإصلاح الإداري

The reality of government administration in Yemen and the need for administrative reform

ط.د. نبيل عبده المولد، طالب باحث في الدكتوراه،

كلية العلوم السياسية، جامعة الجزائر 03، الجزائر.

تاريخ الإرسال: 2017/12/26 / تاريخ المراجعة: 2018/01/09

ملخص:

يتناول هذا المقال الوضع الإداري الراهن في اليمن، وواقع المجتمع اليمني ودرجة تقدمه ونمط البنى والعلاقات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية السائدة كنتائج لخيارات ومسارات تطوره، مستعرضا كيف أن القيم والمعتقدات أثرت في السلوك الإداري، إما سلبا أو إيجاباً في اليمن، إذ تأتي هذه الدراسة كمحاولة لاستعراض واقع الإدارة الحكومية في اليمن وشبل الإصلاح الإداري، ومختلف آليات ترقية العمل الحكومي.

الكلمات المفتاحية:

الإدارة الحكومية، واقع اليمن، القيم الاجتماعية، تحديات إصلاح.

Summary:

This article discusses the current administrative situation in Yemen, the reality of Yemeni society, the degree of progress, the brown style, and the prevailing economic, political and social relations as a result of its development options. In an attempt to review the reality of the government administration in Yemen and ways of administrative reform, and the various mechanisms to upgrade the government work.

Keywords:

government administration, the reality of Yemen, social values, the challenges of reform.

مقدمة:

ينبغي أن تنطلق الدراسة الواقعية لأوضاع اليمن من الحقائق التي مثلها وضع التشطير والانقسام الذي كان نتاجا لوجود نظام الإمامة - وقبله الحكم العثماني - والاستعمار البريطاني الذي حكم على اليمن بإنتاج وإعادة إنتاج التخلف رداً من الزمن وكُرست ظروفًا اقتصادية واجتماعية غاية في التخلف والتعقيد سحبت نفسها على الإدارة الحكومية حتى أضحي يحمل بذور التخلف وانعدام التخطيط منذ البداية، فنشأته في الأصل كانت لخدمة الحكم العثماني ومن بعده الأئمة والاستعمار البريطاني.

تعد أجهزة إدارة الدولة أجهزة للتنظيم والتنفيذ وتستمد وجودها القانوني وصلاحياتها من أجهزة سلطة الدولة التي تعد الأخيرة الأساس لكل تصرفات الأولى كونها أجهزة للخلق والقيادة والإشراف والرقابة والمحاسبة في مواجهة أجهزة إدارة الدولة والتي تعد أجهزة خضوع وتنفيذ لما يتم إقراره من أجهزة سلطة الدولة حسب مستوياتها.

فالإدارة الحكومية كأجهزة وهيئات تنفيذية بصفاتها مؤسسات تترتب على قاعدة نفوذ الدولة وسلطتها، فمن الطبيعي أن تكون هذه المؤسسات مطالبة بحسن تنفيذ إدارة الدولة وتحقيق أهدافها من خلال الاضطلاع بدورها المرسوم، نتيجة التوزيع السليم للنشاطات فيما بينها ضمن إطار خطط إستراتيجية متكاملة للتنمية.

أهمية البحث:

نظراً لما تمثله الإدارة الحكومية من أهمية بوصفها العنصر الحي الواعي الذي يضع السياسات العامة والاتجاهات الأساسية للتطور وتختار الطرق المناسبة لتحقيقها بوصفها أيضاً الأداة الفعالة التي-بفعلها ووعيتها لمتطلبات التطور-تنفذ السياسة المرسومة وتضعها موضع التنفيذ.

أهداف البحث:

إن غاية الدراسة الإدارية هي الكشف عما تستطيع أن تفعله الحكومة بدقة وكيفية أداء الأمور المحددة سلفاً بأعلى ما يمكن من كفاية وفعالية وبأقل تكلفة ممكنة من الجهد والمال من ناحية أخرى، وتمثل هذه الغاية جوهر بالبحث للوقوف على الواقع الذي تعيشه الإدارة الحكومية وتحديد وتشخيص مظاهر الخلل والضعف التي تعاني منها الإدارة الحكومية والأبعاد الضرورية لإصلاحها.

الدراسات السابقة:

حظي الواقع التي تعيشه الإدارة الحكومية في الجمهورية اليمنية بالعديد من الدراسات السابقة والتي استندت إليها هذه الدراسة الحالية نذكر منها:

دراسة نبيل شمسان (2004): تجربة إصلاح وتحديث الإدارة العامة الجمهورية اليمنية، هدفت الدراسة إلى تحديد وظائف الدولة وتحليلها من خلال دراسة القوانين والتشريعات وقرارات الإنشاء للوحدات الإدارية لتحديد المشكلات والمعوقات التي تعاني منها الإدارة وعرض برامج التحديث والتطوير الإداري القائمة والمخطط تنفيذها¹.

دراسة أحمد محمد الشامي (ب.ت): واقع الإدارة العامة في الجمهورية وتحديات التطوير والتغيير والتي هدفت إلى ربط التطوير والتغيير بالتغيرات الدولية - اقتصادية واجتماعية وسياسية وتكنولوجية- وخلصت إلى ان جهاز الإدارة العامة يعاني من العديد من الاختلالات الهيكلية والإدارية الخطيرة ناهيك عن عدم تناسب التشريعات والأنظمة واللوائح والهيكل والأساليب الإدارية مع عصر العولمة².

دراسة: سعيد عبده الشدادي، لبيب شيف محمد (2013): واقع الإدارة العامة في اليمن واتجاهات تطويرها، هدفت الدراسة إلى تشخيص الوضع القائم للإدارة العامة، من خلال تحليل السياسات العامة والهيكل المؤسسية، ونظام الخدمة المدنية وخلصت إلى عدد من النتائج والتوصيات، لعل أهمها غياب أي توجه حكومي في تطوير السياسات العامة بشكل عملي ومنهجي ناهيك عن تغييب دور الخدمة المدنية وتجاوز صلاحيتها³.

إشكالية البحث:

تعاني الإدارة الحكومية في الجمهورية اليمنية الكثير من الاختلالات والمشكلات والأمراض الموروثة منها والمكتسبة، الناتجة عن الإرث الثقيل للملكية المتخلفة القائمة على الجباية والاستعمار البريطاني، الذي كرس وحد وجوده ونفوذه في دائرة خدمة مصالح الضيقة، ناهيك عن الوضع التشطيري وما نتج عنه من مشكلات ارتبطت بمسار التجريبتين (شمالاً- جنوباً)؛ ووضع مؤسسي

¹ نبيل شمسان ، "تجربة إصلاح وتحديث نظام الإدارة العامة الجمهورية اليمنية" ، الملتقى العربي الثاني لتحديث القطاعات العامة في الوطن العربي ، المنامة: 24-25 مايو 2004

² أحمد محمد الشامي، "واقع الإدارة العامة في الجمهورية اليمنية وتحديات التطوير والتغيير" بتاريخ: 2017/12/01 في <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan006121.pdf>

³ سعيد عبده سعيد الشدادي ، لبيب شائف محمد، "واقع الإدارة العامة في اليمن واتجاهات تطويرها"، بتاريخ: 2017/12/01 في http://alharazi2022.blogspot.com/2014/04/blog-post_21.html

لنظامين مدعومين بنهج سياسي وفكري مختلفين ونسخ لتجارب إدارية لا تتلاءم مع البيئة اليمنية، فضلا عن عدم مواكبة التطورات المتسارعة في حقل الإدارة العامة والأساليب الحديثة للتطوير والتحديث ومحاوله حلحلتها وتفكيكها، وإعادة صيغة بما يتناسب مع البيئة اليمنية؛ بل ظلت محكومة بأساليب التسيير البيروقراطي اليومي، حتى أضحت الإدارة الحكومية تواجه صعوبات وتحديات، وعاجزة عن القيام بالدور تنموي والحضاري.

منهجية البحث:

اعتمدت الدراسة على المنهجية العلمية التحليلية للبحث الوصفي، كونها مرتبط ارتباطا وثيقا بطبيعة الموضوع سواء من حيث جمع وتحليل وتفسير البيانات وصولا إلى مؤشرات ورؤى لها قيمتها ودلالاتها النظرية والعلمية، حيث تم إجراء المسوحات المكتبية والوقوف عند مصادرها الأساسية المتعلقة بها، ورصد الدراسات العلمية والبحوث المنشورة وشبكة الانترنت.

أولا: الإطار المفاهيمي.

01- الإدارة الحكومية.

تعد الإدارة الحكومية أحد أهم الحلقات الأساسية في إطار النظام الإداري، وبدونها تصعب عملية توجيه وتسيير الأنشطة والعمليات الاقتصادية والاجتماعية بنجاح؛ وبواسطتها يتم وضع مختلف السياسات والتدابير موضع التطبيق، وعليها يعتمد ضعف أو ارتفاع مستوى الأداء الإداري¹.

ويقصد بالإدارة الحكومية كافة الأجهزة الإدارية التي تتكون منها الإدارة، بما في ذلك الوزارات والدواوين والمديريات التابعة لها أو المؤسسات والهيئات والمرافق العامة ذات الشخصية المعنوية المستقلة، سواء منها ما كان متواجدا في العاصمة أو على صعيد المحافظات والإدارات المحلية، ابتداء من قمة الهرم القيادي وحتى أدنى المستويات التنفيذية².
ويتحدد نطاق نشاطات القطاع الحكومي كما يلي:

01- المصالح الحكومية: وتتمثل في الوزارات التي تقوم بالدور الأساسي للدولة مثل الأمن والدفاع والقضاء والتعليم والصحة.

02- المؤسسات العامة: هي مؤسسات تؤول ملكيتها إلى الدولة، رأس مالها مملوك لمجموعة عمومية متمثلة في الدولة أو الجماعات المحلية، وهي تتمتع بشخصية اعتبارية ولها ميزانية مستقلة، وتهدف إلى تحقيق المصلحة العامة والمساهمة في الخطة الوطنية.

03- الشركات الحكومية: تنشأ لإدارة نشاطات اقتصادية، وتملك الدولة جزء من رأس مالها أو كله، وهي تعمل في ظل القوانين التي تطبق على شركات القطاع الخاص³.

2- الإصلاح الإداري.

يعرف الأستاذ عامر الكبيسي الإصلاح الإداري بأنه "اصطلاح يعبر عن الجهود التي تبذلها الدولة في معالجة المشاكل الإدارية التي تواجهها في محاولتها للإسراع في تقدمها الزراعي والصناعي والتعليمي الاجتماعي وذلك من خلال تطوير التنظيمات والنظم الإدارية والممارسات البيروقراطية لتحقيق هذا التقدم¹.

¹ فؤاد راشد، "إصلاح الجهاز الإداري خطوة جوهرية باتجاه الإصلاح الإداري الشامل"، ورقة مقدمة إلى: ندوة الإصلاح والبناء الوطني الشامل في الجمهورية اليمنية، مجلة قضايا العصر، عدن، 1992 ص 62

² الكبيسي، عامر، "تطور الإدارة العامة ودورها التنموي في الجمهورية العربية اليمنية خلال عقدين"، دراسات يمنية، صنعاء: العدد 14، ديسمبر-كانون الأول 1983. ص 57

³ مولاي الأخضر عبد الرزاق، حوتية عمر "الاتجاهات الحديثة لتحقيق الأداء المتميز في المنظمات الحكومية (مع الإشارة إلى بعض التجارب الدولية)"، ورقة عمل مقدمة إلى المؤتمر العلمي الدولي حول الأداء المتميز للمنظمات والحكومات جامعة ورقلة 08-09 مارس 2005. ص 249-250

في حين يرى الأستاذ طارق حمادة أن الإصلاح الإداري هو عملية تحول جذري وهادف من وضع إداري العلاقة بين متغيراته - مقوماته التي تشكل العوامل البيئية المؤثرة وعناصره أو بنياته الأساسية، مختلة التوازن إلى وضع إداري جديد تكون فيه العلاقة أكثر انسجاما وديناميكية في تحقيق الأهداف العامة للمجتمع المتطور².

ولهذا فإن الإصلاح الإداري هو عملية تغيير جذري هادفة ومخططة ومرسوم وشاملة في الأشخاص والمفاهيم والبنية البيروقراطية العامة وإجراءاتها بهدف تحديث ورفع كفاءة الجهاز الحكومي وتمكينه من تحقيق أهدافه المحددة له³.

3- التخلف الإداري.

يعد التخلف ظاهرة عامة توجد في مختلف المجتمعات المتقدمة منها والنامية مع الفارق النسبي في وجودها، كما إنها عملية متغيرة تتأثر بمتغيرات التنمية الشاملة ومتطلباتها من جانب والتنمية الإدارية من جانب آخر⁴.

ويُعرف التخلف الإداري بأنه الحالة التي تفتقد فيها الإدارة الحكومية إلى القدرة على التنفيذ الكامل للسياسة العامة المحددة من الحكومة وقصورها على تحقيق الأهداف التي تتضمنها تلك السياسة⁽³⁾. ومردد قصور في معرفة كم ونوع الطلبات التي حتمتها ثورة التطلعات للمجتمع؛ للسلع والخدمات وكذلك قصور مردد عدم كفاءة الجهاز في القيام بعمليات الإنتاج والتوزيع لجهاز الدولة الإداري⁵.

4- الفساد الإداري.

يعد الفساد احد الظواهر المجتمعية والتي يمكن رصدها في كافة المجتمعات أيا كان موقعها الجغرافي أو العصر التاريخي الذي تعيشه وأياً كانت درجة نموها الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والثقافي؛ فالفساد ظاهرة عالمية يحمل في طياته معاني الانحراف عن المضامين الأخلاقية والاجتماعية والسياسية والاقتصادية السوية، ويعتبر نوعاً من السلوك المخالف للأعراف الاجتماعية والقيم الدينية والأخلاقية⁶.

والجمال هنا لا يتسع لسرد كل التعريفات التي تناولت هذه الظاهرة وسوف نقتصر على تعريفين للفساد، الأول: والذي جاء في تقرير البنك الدولي الصادر عام 1996م حيث عرف الفساد " بأنه سوء استخدام السلطة من أجل مكسب خاص يتحقق عندما يقوم موظف بقبول أو طلب أو إبتزاز رشوة لتسهيل عقد أو إجراء طرح لمنافسة عامة أو للتحايل على السياسات العامة والقوانين أو اللوائح أو عن طريق استغلال الوظيفة العامة دون اللجوء إلى الرشوة وذلك بتعيين الأقارب أو سرقة أموال الدولة " ⁷.

¹ عامر الكبيسي، نقلا عن، عبد الهادي الهمداني، "الإصلاح الإداري بالتطبيق على الجمهورية اليمنية"، محاضرات لطلبة البكالوريوس المستوى الرابع، جامعة صنعاء: كلية التجارة، قسم العلوم السياسية، 2002 ص 7.

² طارق غالب حمادة، "التنظيم الحكومي والإصلاح الإداري في الجمهورية اللبنانية"، (رسالة ماجستير، جامعة القاهرة، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1976م)، ص 10.

³ عالية عبد الحميد عارف، الإصلاح الإداري المرجعية النظرية وقضايا معاصرة، القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 2015، ص 17.

⁴ عبد المجيد المخلافي، " التخلف الإداري في الجمهورية اليمنية"، (ورقة مقدمة إلى ندوة الإصلاح الإداري في الجمهورية اليمنية)، صنعاء: يوليو 1996، ص 2.

⁵ عاصم الأعرجي، (وآخرون)، نظريات التطوير الإداري، بغداد: وزارة التعليم العالي، 1982، ص 7.

⁶ محمد قاسم القريوتي، الإصلاح الإداري بين النظرية والتطبيق، عمان: دار وائل للنشر، 2001، ص 33.

⁷ محمد قاسم القريوتي، المرجع نفسه، ص 33.

أما التعريف الثاني، والذي ورد في موسوعة العلوم السياسية "فيقصد به سلوك يخالف الواجبات الرسمية للمنصب العام تطلعا إلى مكاسب خاصة أو معنوية، أو هو سلوك مناطه انتهاك القواعد القانونية بممارسة أنواع معينة من التأثير تستهدف تحقيق منفعة خاصة، وتمثل أبرز تجليات هذا السلوك في الرشوة (تقديم العطايا لشغل المنصب العام بهدف تلويث ضميره وذمته)، والمحسوبية (أولوية القرابة والصدقة أو الانتماء الديني أو الجغرافي... على الكفاءة والاستحقاق في إسباغ النعم وأداء الخدمات)، ونهب المال أو استخدامه بصورة غير مشروعة جريا وراء منافع ذاتية"¹.

5- البيروقراطية.

تعرف البيروقراطية من الناحية اللغوية حيث تتكون من شقين الأول Bureau ويعني المكتب أو المنضدة والثاني Cracy بالإنجليزية و Cratie بالفرنسية ويعني الحكم أو السلطة، وتعني بذلك سلطة المكتب، وأول من أستخدم هذه العبارة وزير التجارة الفرنسي " فنسنت دي جورنييه " (V.de Gourney) عام 1745م،² وهذا هو المفهوم المتعارف عليه للبيروقراطية والسائد حاليا عند المدرسة الأنجلوسكسونية أما المفهوم الشعبي الذي يشير إلى كل ما هو سيئ ويصفها بالسلبية والجمود الذي يصيب الجهاز الإداري وبذلك أصبح المصطلح مقرونا بمدلول العجز الإداري، وهذا المفهوم شائع لدى الفكر الماركسي وغير الماركسي.³

ثانياً- مظاهر الاختلالات والمشكلات الإدارية.

يتجلى الوضع الإداري القائم في مظاهر الضعف والخلل والصعوبات التي تعاني منها الإدارة الحكومية، والتي نحاول تجميعها في مجموعات نوعية تشابه داخل كل مجموعة، منها بعض المشكلات الفرعية التي تنتمي بجذورها إلى أصل واحد، هذه المجموعات تتمثل في التخلف الإداري، الفساد الإداري، الممارسات البيروقراطية، وهذه المشكلات تحمل في مضمونها مظاهر الضعف والخلل والأسباب التي أدت إلى ظهورها ونعرضها على النحو الآتي:

1- التخلف الإداري.

نظرا لكون التخلف ظاهرة نسبية تختلف مظاهرها من مجتمع لآخر كما تتباين مظاهرها في المجتمع الواحد من فترة لأخرى لذلك سنحاول عرض أهم مظاهر وأسباب التخلف الإداري في الإدارة الحكومية في اليمن على النحو الآتي:

مظاهر التخلف الإداري.

تتجلى مظاهر التخلف الإداري في الجهاز الحكومي في الدول النامية ومنها اليمن بمجموعة من المظاهر المشتركة أهمها:

(01)- ضعف وظيفة التخطيط: إهتمت الدولة بالتخطيط شكلا وأهملته موضوعاً فغياب المعلومات الدقيقة وعدم المشاركة في عملية التخطيط سواء من قبل أجهزة الإدارة المحلية أو القطاع الخاص أو من قبل قطاعات في وزارة التخطيط والتنمية⁴، وهذا ما انعكس سلبا على مستوى وسلامة التخطيط فالنتائج حتماً مرتبطة بالمقدمات.

(02)- ضعف الأداء الوظيفي للجهاز الإداري وما يعيشه من المظاهر المختلفة، كالإجراءات الروتينية في الأساليب وعدم احترام النظم والقوانين المنظمة لمختلف الأعمال وعدم التقييد بها. مما أدى إلى غياب دولة القانون والحكم الرشيد.

¹ محمد محمود ربيع، إسماعيل صبري مقلد(آخرون)، موسوعة العلوم السياسية، الجزء الأول، الكويت: جامعة الكويت مؤسسة التقدم العلمي 1993-1994، ص 488.

² خالد باجنيد، البيروقراطية، المرجع السابق الذكر، ص 7.

³ منصور بن لرنب، "الإصلاح الإداري والبيروقراطية في الجزائر بين النظرية والتطبيق" (رسالة ماجستير، جامعة باتنة، معهد الحقوق) 1982م، ص 96.

⁴ عبد المجيد المخلافي، المرجع السابق الذكر، ص 11.

- (03)- قصور وتشوه البناء المؤسسي وتداخلاته والازدواجية في الصلاحيات والأداء في الأطر والمستويات المختلفة المركزية والمحلية والقطاعية داخلها وفيما بينها.
- (04)- تداخل وتباين جوانب من التشريعات القانونية والتناقضات في الممارسة التطبيقية بين ما تضمنته التشريعات القانونية وبين سبل الفصل في العلاقات بين أفراد المجتمع الطبيعيين والاعتباريين¹.
- (05)- ضعف أجهزة الخدمة المدنية بشؤون الأفراد وقلة تدريب القائمين عليها وسوء توزيع القوى، لانعدام المقاييس الكمية والنوعية الدقيقة التي تتحدد بموجبها احتياجات الأجهزة من العاملين مما يترتب عليه نقص في بعض الأجهزة وفائض في أخرى، ناهيك عن عدم ربط مخرجات التعليم بالاحتياجات المطلوبة لأجهزة الدولة².
- (06)- تعدد المستويات التنظيمية حيث تكثر الفواصل التنظيمية بين الوحدات الأساسية وبين قمة الهرم التنظيمي مما يؤدي إلى صعوبة الاتصال وبطء اتخاذ القرار³.
- (07)- إشاعة الخلق الإداري المتدني والفساد والرشوة وعدم الإحساس بالمسئولية والإهمال والاتجار بالوظيفة العامة والممتلكات العامة.
- (08)- المركزية الشديدة وتفشي الأساليب البيروقراطية والتدخل في شؤون وأعمال الأجهزة والهيئات الإدارية المحلية، وتبرز هذه الظاهرة بشكل واضح في عملية وضع القرار وجنوح الإدارات إلى تركيز السلطة عند كل مستوى تنظيمي معين.
- (09)- الإهمال بالشكل التنظيمي وشيوع ظاهرة النمطية في التنظيم، بغض النظر عن مدى ملائمة هذا النمط لظروف واحتياجات الوحدة وأوضاع ونوعيات العاملين بها.
- (10)- اتّصاف الأجهزة الإدارية بالإسراف وارتفاع التكلفة الاقتصادية للخدمات والإنتاج، ومرد ذلك التوسع في الإنفاق غير الضروري على المظاهر الخارجية أو استخدام الخبرات الأجنبية العالية التكاليف دون مبرر عملي أو الاستخدام غير الاقتصادي للتكنولوجيا الأجنبية.
- (11)- المحاباة والعلاقات الشخصية وهي ظاهرة واضحة من مظاهر تخلف الدول النامية وهي وليدة السيطرة الاستعمارية التي تشجع المحاباة والوساطة والمحسوبية.
- (12)- التضخم الكبير في الأجهزة الإدارية والمتمثل في إنشاء أعداد كبيرة من الوزارات والمصالح والمؤسسات الحكومية قياسا بحجم الوحدات الإدارية نتيجة لحدوث توسع أفقي في البناء التنظيمي.
- (13)- التضخم الوظيفي وانتشار ظاهرة البطالة المقنعة نتيجة للتوظيف العشوائي وغياب سياسية التوظيف والمعايير التي تحكم عملية التوظيف⁴.

2- الفساد الإداري.

يظل الفساد عملاً مستتراً ويتم عادة في إطار من السرية والخوف، وإن الكشف عن حالات الفساد لا يؤدي إلى الكشف عن جزء من الحقيقة التي يجب معرفتها، والفساد الإداري مظاهر وأشكال مختلفة ومتباعدة في درجة خطورتها وعمق أثارها تتفاوت من

¹ فيصل محمد عبد الله، "الأبعاد السياسية والاقتصادية لعملية الإصلاح الإداري - الآثار وسبل المعالجة"، ورقة عمل قدمت إلى المؤتمر الوطني للإصلاح والتطوير الإداري، صنعاء، 25-29/8/1998، ص4.

² محمد عبد الرشيد علي، الإدارة الحكومية في الجمهورية اليمنية، صنعاء: دار الحكمة اليمنية، 1997، ص114.

³ على السلمي، تطور الفكر التنظيمي، الكويت: وكالة المطبوعات، 1975، ص227.

⁴ مهدي حسن زويلف، سليمان اللوزي، التنمية الإدارية في الدول النامية، الأردن: دار مجد لاوى، 1993، ص24-25.

مجتمع لأخر، فالفساد في الدول المتقدمة يختلف عن الفساد في الدول النامية، الذي أصبح مستشري في أجهزتها الإدارية وينخر فيه؛ وأهم مظاهر الفساد الإداري في الإدارة الحكومية في الدول النامية ومنها اليمن تتجلى في الآتي:

مظاهر الفساد الإداري.

- (01)- **استغلال السلطة أو الوظيفة العامة:** يأتي الاستغلال من موظفين لهم نفوذهم لتحقيق أغراض شخصية سواء لهم أو لأقاربهم وذويهم، وهذا الاستغلال لا يتفق مع المصلحة العامة ويعتبر خيانة للوظيفة لأنها تعتبر أمانة ويجب المحافظة عليها¹.
 - (02)- **الرشوة والمحسوبية:** وهي من أخطر الجرائم وأساء الممارسات غير الأخلاقية وهي داء يفتك بالمجتمع وينهي قيمة الأخلاقية وتعطل مصالحه فلا تنجز إلا بدفع الرشوة والوساطة والمحسوبية².
 - (03)- **التسيب الإداري واللامبالاة:** يتمثل هذا السلوك بعدم احترام قواعد العمل من قبل الموظف أو المسئول الذي يعتبر نفسه مالكا للمؤسسة أو القطاع المسئول عنه، فلا يقيّد بأوقات الدوام مما يؤدي إلى عدم الانضباط وتراكم الأعمال وعدم تصريف شؤون المواطنين وتأخير معاملاتهم وإشاعة اللامبالاة وعدم الاكتراث في العمل وبالتالي إهدار الجهد والمال³.
 - (04)- **الاختلاس:** ويعد الاختلاس من أسوء الانحرافات الإدارية حيث يلجأ الكثير من المسئولين إلى استغلال نفوذهم ووظائفهم عن طريق اختلاس أموال الدولة أو الأفراد.
 - (05)- **التحيز والمحاباة:** وهو نمط سلوكي ينطلق من دوافع عنصرية أو إقليمية تقوم على التمييز بين المواطنين وبين المناطق أو بين شرائح المجتمع وتؤدي إلى تفريق الصفوف وشق الوحدة الوطنية وغرس العداء في النفوس وتأليب المواطنين بعضهم على بعض وإضعاف ثقتهم بنزاهة الإدارة وعدالتها⁴؛ وهي إحدى الظواهر السلوكية التي تعاني منها الإدارة الحكومية.
 - (06)- **إفشاء المعلومات والتكتم عليها:** وهو سلوك يقوم به الموظف الحكومي من أجل الحصول على مكسب خاص، مثل إفشاء معلومات تتعلق بالمنافسات الواردة للجهة التي يعمل بها أو التكتم عن سرقات أو اختلاسات أو ممارسات غير قانونية.
 - (07)- **تزوير الوثائق والمستندات:** وهي التلاعب بالقيود والمستندات والوثائق الرسمية مقابل الحصول على مكسب مادي، يفقد الدولة بعض مستحقاتها من المكلفين ويعطي أشخاصاً حقوقاً وأموالاً ليس لهم حق بها ويحدث ذلك في دوائر مثل الجمارك والضرائب.
 - (08)- **الهدايا:** وهي عبارة عن رشوة مغلفة بعلب الهدايا وأداة لجعل الحق باطلاً والباطل حقاً، لقد تبدلت القيم وتغيرت الأسماء مع بروتوكولات (اتفاقيات) الحضارة المادية وشوهت كل المعاني الجميلة فبدلاً من إن تصبح الهدايا وسيلة للتحابب وتعبيراً للتقدير والاحترام، أصبحت وسيلة للإخلال بمبدأ المساواة وإهدار الحقوق وإن تباينت في درجة خطورتها، ينبغي عدم التغاضي عنها أو التساهل مع أطرافها⁵.
- 3- البيروقراطية.**

¹ عماد الدين إسماعيل نجم، "ظاهرة الفساد الإداري في الأجهزة الحكومية بالتركيز على الرشوة"، (رسالة ماجستير، جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 2003)، ص 26-27.

² عبد الكريم علي الخطيب، المرجع السابق الذكر، ص 309.

³ محمد قاسم القريوتي، المرجع السابق الذكر، ص 40.

⁴ عامر الكبيسي، "الفساد الإداري رؤية منهجية للتشخيص والتحليل والمتابعة"، المجلة العربية للإدارة، العدد 1، يونيو 2000، ص 106.

⁵ عامر الكبيسي، الفساد الإداري، المرجع السابق الذكر، ص 109-110.

إن المفهوم السليبي لمصطلح البيروقراطية يتمثل في الأمراض المكتيبة - البيروباثولوجيا، (Bureau Pathologie) التي نتناولها من خلال دراستنا لواقع الإدارة في اليمن حيث يشير الدكتور خالد باجنيد¹ إن الواقع اليمني لم يتشكل منه بعد كل مقومات الإدارة المعاصرة بل إن هناك عوامل تقليدية تلعب دوراً معيقاً أمام تكوين هذه الإدارة.

فواقع الدولة والإدارة في اليمن لا يستطيع في الظروف الراهنة قيام وسيطرة بيروقراطية على الإدارة اليمنية بل إن واقع التخلف الاجتماعي والاقتصادي بشكل عام وأسلوب التعامل مع فكر الدولة والإدارة أفرز سلوكاً قد يعتبر أكثر خطورة من بيروقراطية منظمة أطلق عليها الممارسات البيروقراطية، هذه الممارسات قد طبعت على الإدارة اليمنية صورة البيروقراطية السلبية والتي تتجسد في المظاهر التالية:

(01)- الروتين الطويل والمعقد أو ما يسمى بتعدد وطول إجراءات العمل وتأخير المعاملات أي التباطؤ الإداري وعدم إنجاز الأعمال في وقتها المحدد¹.

(02)- غياب التفويض في الصلاحيات وعدم الثقة في المرؤوسين، أدت إلى تركيز الأعمال في قمة الهرم وهنا تبرز شخصية النظام ويزر الفرد في بوتقة رابطة الدم والقرى والنسب كقوة اجتماعية تؤدي إلى اضمحلال الوجهة المؤسسية الرسمية لتبرز الوحدة السياسية التقليدية للقوى الفاعلة في اليمن².

(03)- غياب الفهم الصحيح للوظيفة العامة ومسئولياتها حيث مازال الكثير من الموظفين والقادة الإداريين يعتبر الوظيفة تشريفاً لا تكليفاً وإن تقلده لهذه الوظيفة تمنحه الشرف والجاه دون وعي للمسؤولية المترتبة على تقلده هذه الوظيفة أو المنصب.

(04)- على الرغم من ضعف الأجر في الوظيفة العامة والذي يعد أحد أسباب الفساد الإداري مقارنة بالقطاع الخاص، إلا أن الاعتقاد السائد في المجتمع اليمني، بأن الوظيفة العامة هي مصدر الأمان، يتجلى هذا الاعتقاد في المثل الشعبي (شبر مع الدولة ولا ذراع مع القبلي) - أي القطاع الخاص في المفهوم الحديث)، حيث يظهر ذلك في زيادة الطلب على الوظيفة العامة وإن كان الأجر ضعيفاً لاعتبارات تتمثل في غياب القوانين واللوائح التي تكفل حقوق العاملين، ناهيك عن ضعف دور النقابات العمالية للحد من تسلط أرباب العمل والدفاع عن حقوق الموظفين.

(05)- تغليب المعايير السياسية عند اتخاذ القرار خاصة فيما يتعلق باختيار القيادات الإدارية والمسائلة والمحاسبة على الأخطاء.

(06)- كثرة وتعدد اللجان في الأجهزة الحكومية وانشغال كثير من كبار الموظفين في عضوية لجان متعددة.

(07)- الحواجز المصطنعة التي تخلفها بعض الأجهزة الإدارية في مواجهة المواطنين الذين يجدون صعوبة في الوصول إلى المعنيين بإنجاز معاملاتهم³.

(08)- العزلة عن الواقع وشؤون المجتمع: وهي ميل وحدات التنظيم العام إلى الانفصال والانعزال، فكل وحدة تتعامل أساساً بوحى من مصالحها وأهدافها الخاصة دون أن تأخذ في الاعتبار ما يجري في الوحدات الأخرى، ناهيك عن انغماس القيادات الإدارية في المستويات المختلفة في الذاتيات واللهاث وراء المصالح الشخصية لدرجة لم يعد لديهم الوقت الكافي للاهتمام بقضايا ومشاكل الناس والمجتمع⁴.

¹ نبيل عبده المولد، إصلاح الإدارة الحكومية في الجمهورية اليمنية- دراسة مسار الإصلاح الإداري للفترة (1995-2004)، (رسالة ماجستير الجزائر: كلية العلوم السياسية والإعلام 2006)، ص50

² مراد ظافر، "اللامركزية والحكم المحلي"، دراسات يمنية، صنعاء: مركز الدراسات والبحوث، العدد 70، يونيو-سبتمبر 2003، ص102

³ نبيل عبده المولد، المرجع السابق الذكر، ص50

⁴ خالد باجنيد، البيروقراطية، المرجع السابق الذكر، ص106-107

وبالنظر إلى واقع الممارسات الإدارية- البيروقراطية داخل الإدارة الحكومية في اليمن، يمكن إرجاعها لمجموعة من العوامل لعل أهمها وأبرزها ظهوراً وتحسيدا للواقع ما يلي:

(أ)- التضخم الهيكلي والوظيفي.

تشير الوزارات إلى مجالات أنشطة الإدارة الحكومية، وزيادتها تشير إلى تزايد مجالات أنشطتها في جانبه الإيجابي أو إلى تضخم لا معنى له سوى استيعاب أكبر عدد من القيادات لعوامل سياسية واسترضى وكسب الولاءات، وهذا ما يفسر التضخم الكبير راسياً - وأفقياً في أجهزة إدارة الدولة بمستوياتها المختلفة، حيث نجد على سبيل المثال أن الأمانة العامة لمجلس الوزراء تضم (45) إدارة عامة وعدد الوزارات تتراوح ما بين (30- 34) وزارة في معظم التشكيلات الوزارية خلال ثلاثة عقود، وبلغ عدد المؤسسات (46) مؤسسة وعدد الهيئات وصل إلى (34) هيئة¹.

أما التضخم الوظيفي فقد أظهرت نتائج المسح الوظيفي لعام 1998 أن الإجمالي العام لموظفي الدولة يبلغ (410419) موظفاً يتوزعون على مختلف القطاعات - العام والمختلط -، وقد زادت نسبة التوظيف ليرتفع في ديسمبر 2000 إلى 428 ألف موظف، وقد أظهرت نتائج المسح أن العمالة الفائضة بلغت (35634) موظف أي بنسبة 9% من الإجمالي العام للموظفين، مما أدى إلى زيادة الأعباء المالية الكبيرة التي تتحملها ميزانية الدولة².

(ب)- عدم الاستقرار في وضع الهياكل التنظيمية.

أصبحت كثرة التعديلات على الهيكل التنظيمي سمة بارزة طبعت بها الإدارة اليمنية حيث نجد في كل تشكيل وزاري تعديل في أسماء الوزارات أو إضافة قطاع إلى وزارة أو استقلال قطاع معين لتصبح وزارة مستقلة أو خلق أجهزة ومصالح إدارية جديد دون مبررات موضوعية ودون دراسة لمثل هذه التعديلات.

إن الإفراط والإسراف في التعديلات على الهيكل التنظيمي دون مبررات موضوعية أو حاجة يؤدي إلى تداخل الاختصاصات وعدم وضوح الأهداف وعدم التمييز بين أهداف الوحدات الإدارية، ناهيك عن تعدد وغموض الأنماط التنظيمية التي يحتويها الهيكل إلى جانب الغموض الناتج عن وجود أجهزة أو وحدات إدارية تختلف في طبيعة الأنشطة التي تزاوها وتنتمي في مسماها إلى نمط تنظيمي واحد أو تشابه في طبيعة الأنشطة ولكنها تحمل مسميات الأنماط التنظيمية المختلفة، مما يؤدي إلى تعقيد وتعويق العمل الإداري مثال على ذلك: الهيئة العامة للشئون البحرية والهيئة العامة للموانئ والشئون البحرية.

كما نجد أنه تم دمج وزارة الإنشاء والتعمير مع وزارة الإسكان والتخطيط الحضري وإدماج وزارة السياحة مع وزارة الثقافة كما تم تقسيم وزارة التأمينات والشؤون الاجتماعية والعمل إلى وزارة التأمينات والشؤون الاجتماعية ووزارة العمل والتدريب المهني حيث تم فصل قطاع التدريب المهني من وزارة التربية والتعليم وضمه إلى وزارة العمل ثم انفصل إلى وزارة مستقلة، وتم إعادة إنشاء وزارة المغتربين بعد أن كانت قد ألغيت في التشكيل الوزاري سابق وهكذا نجده في كل تشكيل وزاري جديد دمج وضم وإنشاء دون دراسة.

(ج)- كثرة التعديلات والتنقلات على مستوى الإدارة العليا.

على الرغم من كثرة التعديلات الوزارية إلا أن، هذه التعديلات لا تتعدى تبادل الحقائق الوزارية أو انتقال الشخصيات المألوفة أو التبادل في الحقائق الوزارية فخلال عقد ونيف من الزمن ظلت معظم الشخصيات المألوفة محافظة على مراكزها الوزارية- وكل قيادة جديدة تأتي لتمسح ما كتبته القيادة السالفة- على الرغم من استقرارها بغض النظر عن استبدال الموقع، أما على مستوى القيادات

¹المركز الوطني للمعلومات، الهيكل المؤسسي للدولة، 2012، ص9

²نبيل عبده المولد، المرجع السابق الذكر، ص 179

الوسطى والمديرين يلاحظ كثرة التغييرات والتنقلات بالأخص التي تصاحب تنقل القيادات العليا مما يؤدي إلى صعوبة في تحقيق التواصل والانسجام في وضع وتنفيذ مختلف البرامج التنموية ناهيك عن جمود أو شبه جمود لبعض الدوائر والأقسام نتيجة الولاءات التي تخلقها القيادات العليا، فينشط أناس ويتجمد آخرون وهذا ما يعيب الإدارة في الدول النامية ومنها اليمن من طغيان الروابط العائلية أو الطبقية أو الزبائنية، أو الحزبيين في التعيين والترقية.

إضافة إلى ذلك فإن كثرة التعديلات، والتنقلات يؤدي إلى عدم توفر الاستقرار والاطمئنان النفسي للقيادات الإدارية وما يترتب على ذلك من تردد وخوف في اتخاذ القرارات والإحجام عن أداء دورهم القيادي، فضلا عن أن بعض القيادات الإدارية نظرا لعدم إحساسهم بالاطمئنان والأمان وعدم توفر الضمانات المادية والنفسية والاجتماعية فإنها تسعى لتحسين أوضاعها المادية والاجتماعية على حساب الوظيفة العامة نظرا لخوفهم من فقدان الامتيازات التي يحصلون عليها إذ ما تم تغييرهم وحرمانهم من كل أشكال الدعم المادي والاجتماعي¹.

(د) - غموض وجمود القوانين والأنظمة واللوائح وكثرة التعديلات والتفسيرات.

تلعب القوانين والأنظمة واللوائح دورا في تنظيم وضبط العلاقة بين أفراد الجهاز الإداري ووحداته لتمكينه من ممارسة نشاطه وتحقيق أهدافه، غير أن هذه القوانين والأنظمة واللوائح يمكن أن تكون عائقا لنشاط الإدارة والعمل الإداري إذ لم تكن انعكاسا للواقع البيئي الذي وضعت لخدمته، فالمجالات الإدارية تتشعب لدرجة يستحيل معها تقنين التشريع الإداري والخروج بتشريع إداري موحد في صورة واحدة ووثيقة واحدة لكافة مجالات الحياة الإدارية، وفي الحالة اليمنية قامت فجوة واسعة بين البناء التشريعي والبناء الإداري كما يقول الدكتور خالد عمر باجنيد كانت جادة الأولى وفي الحالة الثانية كانت عديمة، مما أفقد البناء التشريعي الإداري القدرة في إحداث التأثير في الحياة الإدارية و ظلت التشريعات صيغاً مجردة لم تجد طريقها إلى التطبيق العملي، ناهيك عن الإسراف في التعديلات الجزئية المتكررة مما أدى في كثير من الأحيان إلى تداخل الاختصاصات في عمل الأجهزة الإدارية وتضارب النصوص القانونية وقابليتها للتفسيرات المتعددة والمتناقضة حتى أضحت التعديلات سمة بارزة طُبعت بها الإدارة اليمنية.

إضافة إلى ذلك أن عملية البناء التشريعي الإداري في اليمن يتم في ظل غياب فقه قانوني يعني وكذلك في ظل غياب ممارسة إدارية تستند بصورة جادة إلى القانون، وهذا الواقع أفقد البناء التشريعي الإداري تراكمات الخبرة التجريبية، وحرمانه من الاجتهادات الفقهية والأفكار النظرية وتطوير مبادئه وأحكامه وقواعده وإثراء بنائه النظري، ولهذا ظلت النصوص التشريعية التي يصنعها البرلمان تنظم العلاقات ولكن دون أن تمتلك ذلك السند الفقهي والخبرة التجريبية مما يفقد التشريع الإداري القدرة على الإمسك بشمولية الظاهرة وتعقيدها وعلى استيعاب تحديات المستقبل والاستعداد بأدوات تمكنه من مجابهتها وهذا ما يخلق فجوة بين الواقع الاجتماعي وحركة البناء التشريعي الإداري².

وخلاصة القول لقد أحكمت الأساليب البيروقراطية سيطرتها على الجهاز الحكومي حتى شملت كل أجهزة الدولة ونخر الفساد بنيانها واتسع نطاق ممارسة المحسوبية والقبلية والمناطيقية، وانعدمت فيها المسألة والعقاب والثواب حتى أضحى الجهاز الحكومي متمرساً بشكل عميق على الالتواء والالتفاف والمغالطات والمزايدات والتأمر على القوانين والتشريعات وحقوق المواطنين واحتراف الفساد بكافة أنواعه حتى أصبح يشكل عائقاً حقيقياً للتنمية، فكان الأخذ بالإصلاح الإداري كضرورة حتمية وشرط لا بديل عنه لإزالة كل المعوقات الكابحة والمبددة للطاقات المتاحة والسير قدماً نحو التنمية الشاملة لتحقيق رفاهية الفرد والمجتمع معاً.

¹ نبيل عبده المولود، المرجع السابق الذكر، ص 206-208

² خالد عمر باجنيد، "إشكالية البناء الإداري في الجمهورية اليمنية"، المرجع السابق الذكر، ص 88.

ثالثاً: حتمية الإصلاح الإداري.

إن حتمية الإصلاح الإداري في كل إدارات العالم بمختلف اتجاهاتها وتياراتها ومدارسها فرضت لعدة عوامل موضوعية فالدول المتقدمة تبحث عن إصلاح إداري يواكب التطور والتقدم العلمي ... والدول النامية بحكم مشكلاتها الإدارية وأزماتها الحادة والمستمرة تبحث عن إصلاح إداري يقيها سلبيات وتعقيدات الظاهرة البيروقراطية¹، ويقضى على مظاهر التخلف الإداري ويجفف منابع الفساد.

لقد تزايد الاهتمام بمفهوم الإصلاح الإداري بصورة خاصة في معالجة مشكلات التنمية في الدول النامية نظراً لتخلف أجهزتها وعدم مقدرتها على تنفيذ خطط التنمية القومية ونتيجة لهذا الضعف فلا مناص من إصلاحها حتى تكون قادرة على تحقيق التنمية القومية بكفاءة وفعالية².

والإصلاح الإداري كمنظومة متكاملة ومتراصة بالغة التعقيد تتداخل فيها العوامل والمعالجات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية شاملة كل حلقات التنظيم المجتمعي - أي تحول كامل في الخطط والتغيير الجوهرية في الروح والفكرة وأنماط السلوك وفي تنظيم وعمل العنصر البشري³ أي الاهتمام بإدارة قياس الرأسمال المعرفي والمعنوي. وانطلاقاً مما سبق فإن ضرورة وحتمية الإصلاح الإداري تتحد في أبعاد التنمية الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والثقافية.

01- الإصلاح الإداري كضرورة سياسية.

إن الإصلاح الإداري هو سياسي في المقام الأول والسياسة مفروضة فيها الأساليب التي تؤدي إلى تقدم ورفاهية وحرية الأفراد والسلطة السياسية في الدول النامية، وتتولى عمليات التغيير والتطوير الاجتماعي والاقتصادي والثقافي المستهدفة في الخطط التنموية، والإصلاح الإداري هو أحد مداخل التغيير حتى يسير النظام بعد إصلاحه في مؤزرة النظام السياسي القائم، وهذا يعني أن الإصلاح الإداري عملية سياسية الهدف منها إيجاد توازن بين النظام السياسي (والبيروقراطية العامة) من أجل تنفيذ السياسة العامة للدولة على الوجه المطلوب.

إن الإحساس بالحاجة إلى إصلاح إداري يعكس مدى تطور النظام السياسي ووعيه، فآلية الإحساس تنبت وتنمو في إطار النظام السياسي القائم، ثم ينتقل هذا الإحساس وقد أخذ صورة العملية السياسية إلى القيادة السياسية العليا للدولة - وهي الحلقة التي تربط بين الإحساس العام بالحاجة إلى الإصلاح من ناحية، وبين القيادات الإدارية من ناحية أخرى - التي تبني فكرة الإصلاح الإداري كعملية قيادية قبل أن تنقلها إلى عناصر التنفيذ حتى يمكن تحقيقها بمفهومها الصحيح.

فالنظام السياسي الواعي بما يمتلكه من مؤسسات وشبكات اتصال هو الأقدر على بلورة احتياجات الإصلاح الإداري وأخذ المبادرة في قيادتها وتصميمها والإشراف على تنفيذها⁴. إن الحتمية السياسية لعملية الإصلاح الإداري تتوقف على مجموعة من المتغيرات (Variables) التي أوجبت ضرورة تبني عملية إصلاح الجهاز الحكومي تتمثل في:

- الديمقراطية والشورى.

¹ منصور بن لرنب، الإصلاح الإداري والبيروقراطية، المرجع السابق الذكر، ص 114.

² عفاف محمد الباز، "الإصلاح الإداري كوظيفة إستشارية في التنظيم الحكومي المعاصر مع التطبيق الخاص على جمهورية مصر العربية" (رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1995)، ص 40.

³ علي منصور، "نقل التكنولوجيا إلى الدول النامية وتأثيرها على الإصلاح الإداري: دراسة تطبيقية على ليبيا" (رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة: كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، 1996م)، ص 69.

⁴ أحمد رشيد، الإصلاح الإداري: إعادة تفكير، المرجع السابق الذكر، ص 57.

- الحريات المدنية وحقوق الإنسان وواجباته.

- منظمات المجتمع المدني أو المجتمع الوقفي.

- الشفافية والاستقامة¹.

- المساعدة الفنية التي تتيحها هيئة الأمم المتحدة وصندوق التنمية المؤسسية وبرنامج الأمم المتحدة للتنمية، فضلا عن التزامات الدول المتلقية للمساعدات والشروط التي تفرضها المنظمات الدولية بموجب الاتفاقيات الموقعة بين الطرفين.

(2)- الإصلاح الإداري كحتمية اقتصادية.

أحدثت التحولات الاقتصادية خلال حقبة الثمانينيات تغييرات جذرية في عالمنا المعاصر، سواء من ناحية توزيع القوى أو من ناحية النظم الاقتصادية والعقائدية الإيديولوجية (الفكرية) كما أدى تسارع التفكك والتغيير في النظم الاشتراكية إلى تشكل عالم جديد تتحد ملامحه تدريجيا باتجاه مزيد من التحرر الاقتصادي ومزيد من الديمقراطية الليبرالية².

والدول النامية ومنها اليمن ليست بمنأى عن هذه التحولات أو التغييرات بعد أن أصبح العالم كقرية واحدة بفعل ظاهرة العولمة، فقد أدت هذه التحولات إلى تغيير في المفاهيم السياسية والاقتصادية إما بفعل التأثير أو نتيجة للضغوط الدولية نحو الأخذ باقتصاد السوق وتنمية دور القطاع الخاص (الخصخصة) وتحرير العلاقات الاقتصادية الداخلية والخارجية، وتخلى الدولة عن بعض وظائفها لصالح قطاع الأعمال والقطاع الخاص.

لقد أدت هذه التحولات إلى تبني إصلاح الإدارة الاقتصادية في الدول النامية بفعل الاختلالات الاقتصادية-كانخفاض معدل النمو الاقتصادي، والعجز في الموازنة وتفجر الضغوط التضخمية وعجز في ميزان المدفوعات- التي تعاني منها وعدم قدرتها على مواكبة التطورات والتحولات الدولية والإقليمية، والمحلية.

فإصلاح الجهاز الحكومي لكي ينجح ينبغي أن لا يتحرك في فلك منفصل أو مستقل عن السياسات والبرامج التنموية³، بل يسير جنبا إلى جنب مع خطط التنمية الاقتصادية والاجتماعية، فالتنمية كل لا يتجزأ ومن هنا تأتي أهمية الإصلاح الإداري كعنصر مهم في عملية الإصلاح الاقتصادي وشرطا بل ضرورة للتنمية الاقتصادية لعدد من العوامل أهمها:

- المتغيرات الدولية واتساع مظاهر العولمة والاندماج الكلي وتنامي المنافسة ناهيك عن الضغوط العالمية على الدول النامية.

- الاهتمام بإدارة الجودة وسعة الأسواق الدولية والإقليمية⁴.

- الاختلالات الاقتصادية وانخفاض معدلات النمو الاقتصادي.

- نجاح القطاع الخاص في إدارة مشروعاته هذا بالدولة إلى تبني الإصلاح للحفاظ على التوازن والتنافس بين القطاع العام والقطاع الخاص.

(3)- الإصلاح الإداري كحتمية اجتماعية وثقافية.

¹ عبد الرحمن ذبيان، نحو رؤية مستقبلية للإدارة في اليمن الإداري الحديث صنعاء العدد 1، يونيو 2000 ص 149.

² صديق عفيفي، "آفاق ومتطلبات التعاون بين القطاع الحكومي وقطاع الأعمال" في الإصلاح الإداري لدعم سياسات الإصلاح الاقتصادي في البلاد العربية، القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1997، ص 191.

³ أحمد صقر عاشور، إصلاح الإدارة الحكومية: آفاق إستراتيجية الإصلاح الإداري والتنمية الإدارية العربية في مواجهة التحديات العالمية، القاهرة: المنظمة العربية للتنمية الإدارية، 1995، ص 49.

⁴ عبد الرحمن ذبيان، المرجع السابق الذكر، ص 149.

يقصد بالتنمية الاجتماعية الأساليب المرسومة والمقصودة لرفع الحياة الاجتماعية ماديا وفكريا وروحيا¹ فالإنسان هو المحور الأساسي في عملية إصلاح الإدارة الحكومية، فهو الذي يحدد في النهاية القيمة الاجتماعية لمعادلة الإصلاح، وما الهياكل والأجهزة إلا آليات الدولة لممارسة السلطة فهي تعكس فلسفة النظام السياسي الذي يعمل من خلالها ويبقى الإنسان هو القيمة العظمى لأي نظام سياسي. إن قدرة النظام السياسي الاجتماعي القائم على استيعاب التغيرات التي تأتي إليه فيتطور تبعاً لها تلقائياً وطبيعياً في صورة من النمو الطبيعي وذلك يرتبط بوجود نوعية المؤسسات السياسية والاجتماعية القائمة ومدى ما تتمتع به من قوة وطبيعة توجهاتها².

أما المجتمع غير المتقدم والذي يتسم بالتناقض المستمر بين الأوضاع التقليدية القائمة وبين العناصر اللازمة لتحقيق الإصلاح الإداري لا يمكنه تحقيق هذا المفهوم إلا بإصلاح شامل ومتكامل لنظام التعليم في القطاعات الاقتصادية وقطاع الدولة ليكون مواكباً للطموحات التنموية ومتفقاً مع احتياجاتها ومساعداً لتنمية الطاقات والاستعدادات الكامنة لدى الموارد البشرية وأداة لتنمية السلوكيات والقيم الداعمة للإنتاجية والتنمية³. والبيئة لها تأثيرها على أداء الإدارة إما إيجابياً أو سلبياً، فهي المصدر الأساسي الذي يمد التنظيم الإداري بالموارد والإمكانيات المختلفة ومنه يستمد التنظيم القيم والأهداف التي يسترشد بها كما تتحكم في أداء التنظيم من خلال قدرته على قبول أو رفض ما ينتج⁴. وترتيباً على ما سبق فإن الإصلاح الإداري أضحى ضرورة اجتماعية تحددها مجموعه من المتغيرات أهمها:

- تطلعات المجتمع لمستويات معيشية أفضل.
- الإحساس المجتمعي لأعراض العجز التي يعاني منها الإدارة الحكومية والضغط الشعبي لتحسين الخدمات وتحقيق العدالة الاجتماعية.
- الكثافة السكانية والهجرة من الريف إلى المدينة.
- انتشار الفساد الأخلاقي والإداري وانعدام الأمن وانتشار الجريمة.
- الاهتمام بالبيئة ومكوناتها⁵.
- انقلاب المنظومة التقنية للمجتمع والإنسان وسيطرة الآلة.

خاتمة:

إن الإدارة الحكومية في اليمن لا تختلف كثيراً عن الإدارة الحكومية في الدول النامية فالأعراض التي اعتلتها قد تشابه إلى حد ما - التخلف الإداري، الفساد الإداري، البيروقراطية - غير أنها تختلف من مجتمع لآخر في حجمها وحدتها أضف إلى ذلك الموروث المتخلف والانغلاق والعزلة التي فرضت على اليمن وما تركته من أثار على المجتمع اليمني مازال يعاني منها، ناهيك عن سلسلة المشكلات السياسية التي اتسمت بالتقلبات والأزمات وعدم الاستقرار، بالإضافة إلى دور القوى التقليدية وجماعة المصالح وما يعرف بالدولة العميقة وتغلغلها وسطوتها في الحياة العامة لم يساعد البلاد على امتلاك قدرات تنظيمية لبناء الإدارة المعاصرة ناهيك عن سيطرة الإليغارشية على سلطة الدولة وأصبحت تدار وفق مصالحهم.

¹ محمد عبد الملك المتوكل، "التنمية السياسية"، محاضرات لطلبة الليسانس - السنة الرابعة، جامعة صنعاء: كلية التجارة والاقتصاد، قسم العلوم السياسية، 1996، ص3

² أحمد رشيد، الإصلاح الإداري: إعادة تفكير، المرجع السابق الذكر، ص15.

³ أحمد صقر عاشور، إصلاح الإدارة الحكومية، المرجع السابق الذكر، ص 90-91.

⁴ علي السلمي، المرجع السابق الذكر، ص276.

⁵ عبد الرحمن ذيبان، المرجع السابق الذكر، ص149.

يتوجب على الدولة إحداث تحولات في البيئة الاجتماعية والثقافية تقود إلى فهم عميق لمكوناتنا التاريخي- الحضاري وإعادة صياغته من جديد لبناء المستقبل ويساعد أيضا على فهم وتشخيص الأوضاع الإدارية القائمة وتحديد المشكلات التي تعيق التنمية الشاملة وتحول دون قيام الجهاز الحكومي بالدور المنوط به.

الاهتمام برأس المال البشري، فلا يمكن تغيير المجتمع بمراسيم، بل الأمر يتطلب وجود قيادات تتمتع بكفاءة عالية وتولى عناية واهتمام كبيرين، فإحساسهم بالأمن والاستقرار الوظيفي- خلال مدة خدمتهم أو بعد الإحالة إلى تقاعد- والعيش الكريم لهم ولأسرهم يمنحهم الدافعية على العطاء وزيادة الإنتاجية، فضلا عن وتقويض ظاهرة الفساد الإداري والحد منها، فمشكلة الإعالة والتخوف من المستقبل وعدم الأمن للعائلة حياة كريمة وخاصة بعد ترك الخدمة حتما يقود إلى استغلال الوظيفة العامة.

تحديث وتطوير التشريع الإداري يخول الإدارة سلطات قانونية للتصرف واتخاذ القرارات الفعالة بقوة القانون فضلا عن إنشاء قضاء إداري مع ضمان استقلاليته للنظر في قضايا الفساد.

إعادة تنظيم وتطوير الهياكل التنظيمية والوظيفية مما يسهل تحديد المسؤوليات ومنح السلطات من أجل سرعة التنفيذ وتحقيق إحساس بالمسؤولية أكبر وعدم تمييزها بمهدف الحد من الإجراءات البيروقراطية وكما يقال فإن الروتين هو المنافس القوي للقرار الإداري الواعي.

Algerian Journal of Law And Political Science

A specialized international biannual Journal in Law and Political Science

Published by the institute of Juridical and Administrative Sciences

Ahmen Ben Yahia El Wancharissi University Center of Tissemsilt

ALGERIA



The Sixth issue / December 2018

ISSN: 2507-7635

Volume III